كمال الدراية
وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول
الإزميري الحنفي
المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه
محمد مصطفى الخطيب

الجزء الحادي عشر

تتمة الديات، المعاقل، الوصايا،
الخنثى، مسائل شتى، الفرائض



كمال الدراية
وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري (ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (11 Vols/11 P) 5904 (١١ مجلد/١١ جزء) عدد الصفحات

Size 17x24 cm قياس الصفحات

Year 2017 A.D. - 1438H. سنة الطباعة

Printed in Lebanon بلد الطباعة لبنان

Edition 1st (2 Colors) الطبعة الأولى (لونان)

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah, Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon, Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٠٥٨٠٤٨١٠/١١/١٢ +٩٦١
فاكس: ٠٥٨٠٤٨١٣ +٩٦١
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠


ISBN-13: 978-2-7451-0172-3
ISBN-10: 2-7451-0172-2

(بَابُ غَصْبِ العَبْدِ وَالصَّبِيّ وَالْمُدبَّرِ، وَالْجِنَايَةُ فِي ذَلِكَ)

وَلَو قطعَ سيّدٌ يدَ عَبدِهِ، فغُصبَ، فَمَاتَ مِنَ الْقطعِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ.. ضَمِنَ قِيمَتَهُ مَقْطُوعاً.

وَإِن قَطعَ سَيِّدَهُ عِنْدَ الْغَاصِبِ، فَمَاتَ - برئَ الْغَاصِبُ.

(بَابُ غَصْبِ العَبْدِ وَالصَّبِيّ وَالْمُدبَّرِ، وَالْجِنَايَةُ فِي ذَلِكَ)

أي: في الغصب، لمَّا ذكر حكم المدبر في الجناية.. ذكر في هذا الباب ما يرد عليه، وما يرد منه، وذكر حكم من يلحق به؛ أعني: العبد والصبي.

(ولو قطع سيد يد عبده، فغصب) العبد (فمات) العبد المغصوب (من القطع)؛ أي: من سرايته (في يد الغاصب.. ضمن الغاصب قيمته)؛ أي: قيمة العبد (مقطوعاً) يده.

(وإن قطع سيده) يده (عند الغاصب، فمات.. برئ الغاصب)؛ لأن الغصب يوجب ضمان ما غصب إن لم يسترده المولى، وإن استرده.. برئ الغاصب من الضمان.

ففي المسألة: لما قطعه المولى في يده.. نقصت قيمته بالقطع، فيجب على الغاصب قيمته حال كونه مقطوعاً.

وفي الثانية: حين قطع المولى العبد في يد الغاصب.. صار مسترداً له؛ لاستيلائه عليه، فبرئ الغاصب من ضمانه؛ لوصول المغصوب إلى المالك. كذا في «الزيلعي».

وذكر صاحب «الهداية» في هذه المسألة: أن غصب العبد بعد قطع المولى يده [٧٧٤/ب] بعد السراية وقبله.. لا يقطعها، وبين الفرق بينهما: بأن الغصب سبب الملك كالبيع، فيصير كأنه هلك بآفة سماوية، فيجب قيمته مقطوعاً، ولم يوجد القاطع - أي: قاطع السراية - في المسألة الثانية، فكانت السراية مضافة إلى البداية،

وَلَو غصبَ مَحْجُورٌ مثلَهُ، فَمَاتَ فِي يَدِهِ.. ضَمِنَ.

وَلَو غصبَ مُدبَّرٌ فجنى عِنْدَ غاصبِهِ، ثمَّ عِنْدَ سَيِّدِهِ،..........

فصار المولى متلفاً له، فيصير مسترداً له، وكيف لا يكون مسترداً وإنه استولى عليه، والاستيلاء: استرداد، فيبرأ الغاصب من الضمان.

واعترض: بأن هذا يخالف مذهبنا؛ فإن الغصب لا يقطع السراية، ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضاء؛ لأن السراية إنما تنقطع باعتبار تبدل الملك، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب؛ أما قبله.. فلا.

فإن قيل: إذا لم تنقطع السراية بالغصب، فلم يضمن الغاصب قيمته مقطوعاً؟

أجيب: بأنه إنما ضمنه كذلك؛ لأن السراية وإن لم تنقطع.. فالغصب ورد على مال متقوم، فانعقد سبب الضمان، فلا يبرأ عنه الغاصب، إلا إذا ارتفع الغصب، ولم يرتفع؛ لأن الشيء إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله، ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكماً، ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكماً لا حقيقة؛ لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة، والثابت حكماً دون الثابت حقيقة وحكماً، فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى، فتقرر عليه الضمان.

ورد: بأنا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكماً؛ فإن يد المولى ثابتة عليه حكماً، ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما، واليد الحقيقية واجبة الدفع؛ لكونها عدواناً لا يصلح: لا معارضاً، ولا مرجحاً.

(ولو غصب) عبد (محجور مثله)؛ أي: عبداً محجوراً عليه (فمات) العبد المغصوب (في يده)؛ أي: يد الغاصب (.. ضمن) الغاصب؛ لأن المحجور عليه:

مؤاخذ بأفعاله في حال رقه، فيؤاخذ بالغصب؛ لأنه من أفعاله.

وأما في أقواله؛ فإن كان مما يوجب الحدود والقصاص.. فكذلك، وإن كان مما يجب به المال، فلا يؤاخذ به في رقه، وإنما يؤاخذ به بعد الحرية.

(ولو غصب مدبّر فجنى عند غاصبه، ثم) جنى (عند سيده)؛ أي: بعد رد

أَو بِـالْعَكْسِ.. ضَـمِنَ سَـيِّدُهُ قِيمَتَـهُ لَهمـا، وَرجـعَ بِنِصْفِهَا على الْغَاصِـبِ، وَدفعَهُ إِلَى ربِّ الأُولى فِي الصُّورَةِ الأُولى، ثَمَّ رَجَعَ بِهِ ثَانِياً عَلَيْهِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: لَا يَدْفَعهُ، وَلَا يرجعُ ثَانِيًا.

الغاصب إليه، (أو بالعكس)؛ أي: جنى عند سيده، ثم جنى عند الغاصب (..ضمن سيده قيمته لهما)؛ أي: لوليي الجنايتين؛ لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع، من غير أن يصير مختاراً للفداء؛ لأنه لم يعلم حين دبر بجناية تحدث من المدبر في [٧٧٥/أ] المستقبل، فيصير مبطلاً حق أولياء الجناية، إذ حقهم فيه، ولم يمنع منهم إلا رقبة واحدة، فلا يزاد على قيمتها، وتكون بين وليي الجنايتين نصفين؛ لاستوائهما في الموجب.

(ورجع) السيد (بنصفها)؛ أي: نصف القيمة (على الغاصب)؛ لأنه ضمن القيمة بالجنايتين؛ نصفها بسبب كان عند الغاصب، والنصف الآخر بسبب وجد عنده، فيرجع عليه بسبب من عند الغاصب، فصار كأنه لم يسترد نصف؛ لأن رد المستحق بسبب وجد عند الغاصب: كلا رد.

(ودفعه)؛ أي: النصف المأخوذ من الغاصب (إلى رب) الجناية (الأولى في الصورة الأولى)؛ أعني: أنه غصب مدبراً، فجنى عند غاصبه، ثم عند سيده بعد الرد.. فالجناية الأولى: هي الجناية عند الغاصب.

(ثم رجع) السيد (به)؛ أي: بما دفعه إلى ولي الجناية الأولى (ثانياً عليه)؛ أي: على الغاصب، هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(وعند محمد: لا يدفعه، ولا يرجع ثانياً)؛ لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب: عوض ما سلم من جهته لولي الجناية الأولى؛ لأنه إنما يرجع به على الغاصب بسبب ذلك.. فلا يدفعه إليه؛ كي لا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد، وكي لا يتكرر الاستحقاق؛ فإذا لم يدفعه.. سلم له ما أخذه من الغاصب، فلم يتصور الرجوع عليه ثانياً.

وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ: يَدْفَعُهُ..............................

ولهما: أن حق ولي الجناية الأولى في جميع القيمة؛ لأنه حين جنى عليه.. لا يزاحمه أحد، فيستحق كله، وانتقص حقه باعتبار مزاحمة الثاني.

فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً عن الحق.. أخذه؛ ليتم حقه، وإذا أخذه منه هو.. يرجع المولى بما أخذه على الغاصب؛ لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب.

واعترض عليه: بأن الجناية الثانية مقارنة للأولى، فكيف يكون حق الأولى في جميع القيمة؟

وأجيب: بأن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمين لا غير، حتى ضمن السيد لهما نصفين، والجناية الأولى متقدمة حقيقة، وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم، وأمكن توفير موجبها.. فلا يمنع بلا مانع.

والجواب عن قول محمد - أنه عوض ما سلم لولي الجناية الأولى -: أن الأمر كذلك، لكن ذلك في حق المولى والغاصب؛ لأن ما أخذه المولى من الغاصب: عوض المدفوع إلى ولي الجناية الأولى، وأما في حق المجني عليه.. فليس كذلك، بل هو عوض ما لم يسلم له بالنسبة إليه من حقه؛ لأن حقه في جميع [٧٧٥/ب] القيمة؛ لعدم المزاحم حين جنى عليه، على ما تقدم، ويجوز أن يكون الشيء الواحد عوضاً لشيء بالنسبة إلى شخص، ولشيء آخر بالنسبة إلى شخص آخر، كالذمي إذا باع خمراً وقضى بثمنها دين مسلم: يجوز له أخذه؛ لأن ملك الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي، وبدل الدين في حق المسلم.

(وفي الصورة الثانية)؛ أعني: صورة العكس: (يدفعه)؛ أي: يدفع النصف المأخوذ من الغاصب إلى ولي الجناية الأولى بالإجماع.

أما عندهما: فظاهر؛ لما بيناه في الصورة الأولى.

وَلَا يرجعُ ثَانِياً بِالْإِجْمَاعِ.

والقِنُّ فِي الْفَصْلَيْنِ: كالمدبَّرِ، إِلَّا أَنَّهُ يَدْفَعُهُ، وَفِي الْمُدبَّر: يدْفعُ الْقِيمَةَ.

وأما عند محمد: فلأنه إنما منع الدفع إلى ولي الأولى في الصورة الأولى كي لا يجتمع البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد - على ما تقدم بيانه - وفي هذه الصورة: لا يلزم ذلك؛ لأن ما أخذه المولى من الغاصب في هذه الصورة: عوض ما دفع إلى ولي الجناية الثانية؛ فإذا دفعه إلى ولي الأولى.. لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد.

(ولا يرجع)؛ أي: لا يرجع المولى بما دفعه إلى ولي الجناية الأولى على الغاصب (ثانياً بالإجماع)؛ لأن ما دفعه إلى ولي الأولى بسبب جناية وجدت عنده لا عند الغاصب.. فلا يتصور الرجوع إليه بما دفعه إلى ولي الأولى.

(والقن في الفصلين)؛ أي: الصورتين المذكورتين: (كالمدبر)؛ يعني: من غصب عبداً فجنى عنده، ثم رده إلى سيّده فجنى جناية أخرى عند سيّده.. فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين نصفين، ثم يرجع على الغاصب بنصف قيمته، فيدفع ما أخذه من الغاصب إلى ولي الجناية الأولى، ثم يرجع بما دفعه على الغاصب ثانياً. عندهما.

وقال محمد: لا يدفع ما أخذه من الغاصب إلى ولي الأولى، ولا يرجع به على الغاصب، بل يسلم له ما أخذه من الغاصب؛ أعني: نصف القيمة.

وإن جنى عبد عند المولى، ثم غصبه رجل فجنى عند الغاصب جناية أخرى.. دفعه المولى إلى ولي الجنايتين نصفين.. ويرجع بنصف قيمته على الغاصب، ويدفعه إلى ولي الأولى، ولا يرجع به ثانياً على الغاصب؛ لما تقدم.

والجواب في العبد في الصورتين: كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرناه.

(إلا أنه)؛ أي: المولى (يدفعه)؛ أي: العبد إلى ولي الجنايتين، (وفي المدبر: يدفع القيمة)؛ لعدم إمكان دفع عين المدبر؛ لما تعلق به من الحرية.

وَحكمُ تكْرَارِ الرُّجُوعِ وَالدَّفْعِ: كَمَا فِي الْمُدبَّرِ اخْتِلَافاً واتفاقاً.

وَلَو غصبَ رجلٌ مُدبراً مرَّتَيْنِ، فجنى عِنْدَهُ فِي كلِّ مِنْهُمَا.. غَرِمُ سَيِّدُهُ قِيمَتَهُ لَهما، وَرجعَ بهَا على الْغَاصِبِ، وَدفعَ نصفَهَا إِلَى وليِّ الأُولى، وَرجعَ بِهِ عَلَيْهِ ثَانِياً..

(وحكم تكرار الرجوع) على الغاصب (و)حكم تكرار (الدفع) إلى ولي الجناية الأولى: (كما في المدبر؛ اختلافاً واتفاقاً).

ففي الصورة الأولى: يتكرر الدفع والرجوع عندهما لا عند محمد.

وفي الصورة الثانية [٧٧٦/أ]: يتكرر الدفع، ولا يتكرر الرجوع بالاتفاق.

(ولو غصب رجل مدبراً مرتين، فجنى عنده في كل منهما)، وذلك بأن غصب مدبراً فجنى عنده، ثم رده على المولى، ثم غصبه، ثم جنى جناية أخرى عنده (.. غرم سيده قيمته لهما)؛ أي: لولي الجنايتين نصفين؛ لأنه منعه بالتدبير، فيلزمه قيمة واحدة؛ لأن الممنوع: رقبة واحدة.. فلا يلزمه إلا قيمة واحدة.

(ورجع) السيد (بها)؛ أي: بتلك القيمة (على الغاصب)؛ لأن الجنايتين كانتا في يد الغاصب، فاستحق المولى كله بسبب كان في يده، فيرجع عليه بالكل.

بخلاف المسألة المتقدمة؛ فإنه هناك استحق النصف بسبب كان في يد المالك، فيرجع بالنصف كذلك.

(ودفع) المولى (نصفها)؛ أي: نصف القيمة المأخوذة من الغاصب (إلى ولي) الجناية (الأولى)؛ لأنه استحق كل القيمة؛ لعدم المزاحم عند الجناية عليه، وإنما انتقص حقه؛ لوجود المزاحم بعده، ثم إذا وجد شيئاً في يد المالك.. أخذه ليتم حقه كما تقدم.

(ورجع) المولى (به)؛ أي: بالنصف المدفوع إلى ولي الأولى (عليه)؛ أي: على الغاصب (ثانياً)؛ لأن استحقاق هذا النصف ثانياً كان في يد الغاصب، فيرجع به عليه، ويسلم له ذلك، ولا يدفعه إلى ولي الأولى؛ لأنه استوفى حقه، ولا إلى ولي الثانية؛

اتِّفَاقًا.

وَقيلَ: فِيهِ خلافَ مُحَمَّدٍ.

وَمَن غصبَ صَبيّاً حراً، فَمَاتَ فِي يَدِهِ فَجْأَةً، أَو بحمًّى.. فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَإِن بصاعقةٍ، أَو نهشِ حَيَّةٍ.. فعلى عَاقِلَتِهِ دِيَتُهُ.

لأنه لا حق له إلا في النصف؛ لسبق حق الأول عليه، فيزاحمه في النصف، وقد وصل إليه ذلك النصف.. فكان مستوفياً حقه أيضاً.

(اتفاقاً) على الصحيح.

(وقيل: فيه خلاف محمّد).

ووجه الفرق له: مذكور في «الهداية» وغيرها.

(ومن غصب صبيّاً).

قال في «العناية»؛ أي: ذهب به بغير إذن وليه، فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة. انتهى.

والأصل فيه: أن الحر لا يدخل تحت اليد، فلا يتحقق فيه حقيقة الغصب؛ لأنه إزالة اليد المحققة وإثبات اليد المبطلة.

(حرّاً)؛ لأن غصب العبد قد تقدم.

(فمات في يده فجأة أو بحمى.. فلا شيء عليه)؛ أي: على الغاصب.

(وإن) مات (بصاعقة أو نهش حية.. فعلى عاقلته)؛ أي: عاقلة الغاصب (ديته)، وهذا استحسان.

والقياس: أن لا يضمن في الوجهين، وهو قول زفر والشافعي؛ لأن الغصب في الحر لا يتحقق، ألا ترى: أنه لا يتحقق في المكاتب وإن كان صغيراً؛ لكونه حراً يداً، مع أنه رقيق رقبة، فالحر رقبة ويداً: أولى أن لا يضمن به.

وجه الاستحسان: أن هذا [٧٧٦/ب] ضمان إتلاف لا ضمان غصب، والصبي

وَلَو قتلَ صبيٌّ عبداً مودَعاً عِنْدَهُ ضَمِنَ عَاقِلَتُهُ ديتَهُ.

يضمن بالإتلاف؛ لأن نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق: إتلاف سبباً، وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ - وهو الولي - فيضمن.

وهذا: لأن الحيات والصواعق والسباع لا تكون في كل مكان، فأمكن حفظه عنه؛ فإذا نقله إليه وهو متعد فيه.. فقد أزال حفظ الولي عنه متعدياً، فيضاف إليه؛ لأن شرط العلة: بمنزلة العلة إذا كان تعدياً؛ كالحفر في الطريق.

بخلاف الموت فجأة أو بحمى؛ لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن.

حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض.. نقول: إنه يضمن، وتجب الدية على العاقلة؛ لكونه قتلاً تسبيباً.

بخلاف المكاتب؛ لأنه في يد نفسه وإن كان صغيراً؛ فإنه ليس لأحد ولاية تزويجه، فكان كالحر الكبير، والحر الكبير: في يد نفسه، فكذا المكاتب وإن كان صغيراً، والحر الصغير: ليس في يد نفسه، ألا ترى: أن وليه يزوجه بغير رضاه، وهو عاجز عن حفظ نفسه؛ فإذا أخرجه من يد المولى فمات متعدياً.. ضمن.

فإن قيل: ما حكم الحر الكبير إذا غصب؛ أي: نقل إلى هذه الأماكن تعدياً فأصابه شيء من ذلك؟

أجيب عنه: بأن حكمه أن ينظر:

إن كان الناقل قيَّده ولم يمكن التحرز عنه.. ضمن؛ لأن المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صُنِع فيه من القيد، فيجب الضمان على الغاصب.

وإن لم يمنعه من حفظ نفسه.. لا يضمن؛ لأن العاقل البالغ إذا لم يحفظ نفسه مع تمكنه منه.. كان التلف مضافاً إلى تقصيره، لا إلى الغاصب، فلا يضمن، فكان حكم الحر الصغير: مثل حكم الحر الكبير المقيد؛ كذا في «العناية».

(ولو قتل صبي عبداً مودعاً عنده)؛ أي: أودعه مولاه عند الصبي (.. ضمن عاقلتُه) الصبيِّ (ديتَه)؛ أي: قيمته؛ لأن دية العبد: قيمته.

وَإِن أَكَلَ طَعَاماً، أَو أتلفَ مَالاً أُودِعَ عِنْدَهُ.. فَلَا ضَمَانَ.

خلافاً لأَبي يُوسُفَ.

وَلَو أُودعَ عِنْدَ عبدٍ مَحْجُورٍ مَالٌ، فاستهلكَهُ.. ضَمِنَ بعدَ الْعِتْقِ، لَا فِي الْحَالِ.

خلافاً لَهُ.

(وإن أكل) الصبي (طعاماً، أو أتلف مالاً أودع عنده.. فلا ضمان) على الصبي عند أبي حنيفة ومحمد.

(خلافاً لأبي يوسف) والشافعي معه، قالا: يضمن في الوجهين؛ لأنه أتلف مالاً معصوماً.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن غير العبد معصوم لحق المالك، وقد فوته لدفعه إلى يد الصبي، وأما العبد.. فعصمته لحقه؛ لبقائه على أصل الحرية في حق الدم.

(ولو أُودع عند عبد محجور مال فاستهلكه.. ضمن بعد العتق لا في الحال).

(خلافاً له)؛ أي: لأبي يوسف، قال: يؤاخذ به في الحال، وهو قول الشافعي.

وذكر في «شرح الطحاوي»: ومن أودع [٧٧٧/أ] عند صبي مالاً فهلك في يده.. لا ضمان عليه بالإجماع.

وإن استهلكه الصبي؛ فإنه ينظر:

إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة.. يضمن بالإجماع.

وإن كان محجوراً عليه، ولكنه قبل الوديعة بأمر وليه.. ضمن بالإجماع.

فإن قبل بغير إذن وليه.. فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ومحمد، لا في الحال، ولا بعد الإدراك.

وقال أبو يوسف: يضمن في الحال.

وَالإِقراضُ والْإِعَارَةَ: كالإِيداعِ فيهِمَا.

وَالْمرَادُ بِالصَّبِيِّ: الْعَاقِلُ.

وَفِي غيرِ الْعَاقِلِ.. يضمنُ المَالَ أَيْضاً بالاتفاقِ؛ كَمَا يضمنُ الْعَاقِلُ مَالاً أَتْلفَهُ بِلَا إِيدَاعٍ وَنَحْوِهِ.

وأجمعوا: على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة.. ضمن في الحال. انتهى.

هكذا ذكره في «العناية»، وقال: هذا تقسيم حسن.

(**والإقراض والإعارة: كالإيداع فيهما**)؛ أي: في الصبي والعبد.

يعني: لو أقرض لهما، أو أعير.. فالحكم فيهما: كالحكم في الإيداع عندهما.

(**والمراد بالصبي: العاقل**)، ويدل عليه ما قال محمد في أصل «الجامع الصغير»: صبي قد عقل.

وفي «الجامع الكبير» وضع المسألة في صبي ابن اثني عشر.

(**وفي غير العاقل: يضمن المال أيضاً بالاتفاق**)؛ لأن التسليط غير معتبر، وفعل غير العاقل: معتبر.

(**كما يضمن العاقل**) أيضاً (**مالاً أتلفه بلا إيداع ونحوه**).

* * *

(بَابُ الْقَسَامَةِ)

إِذا وُجِدَ ميّتٌ فِي مَحَلَّةٍ بِهِ أَثَرُ الْقَتْلِ مِن جُرحٍ أَو خُرُوجِ دمٍ مِن أُذُنهِ، أَو عينِهِ، أَو أَثَرُ خَنِقٍ، أَو ضَربٍ، وَلم يُدْرَ قَاتلُهُ، وادّعى وليُّهُ قَتلَهُ على أَهلِهَا، أَو بَعضِهم، وَلَا بَيّنَةَ لَهُ.. حُلِّفَ خَمْسُونَ رجلاً مِنْهُم، يختارُهُم الْوَلِيُّ............

(بَابُ القَسَامَةِ)

وهي في اللغة: اسم للاقتسام.

وفي الشرع: أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وُجِدَ فيها قتيلٌ به أثر جراحه، يقول كل منهم: بالله ما قتلت، وما علمت له قاتلاً.

وسببها: وجود القتيل فيما ذكرناه.

وشرطها: بلوغ، وعقل، وحرية، ووجود أثر القتل في الميت، وتكميل اليمين.

وحكمها: القضاء بوجوب الدية إن حلفوا، والحبس إلى الحلف إن أبوا؛ إن ادعى المولى العمد، وبالدية عند النكول إذا ادعى الخطأ؛ كذا في «العناية».

(**إذا وجد ميت في محلة به**)؛ أي: بالميت (**أثر القتل؛ من جرح أو خروج دم من أذنه أو عينه**) احترز به عما خرج عن فمه أو أنفه أو دبره أو ذكره؛ إذ لا قسامة فيها على ما سيأتي.

(**أو أثر خَنِق**) بكسر النون، (**أو ضرب، ولم يدر قاتله**)؛ إذ لو علم قاتله.. كان هو الخصم وسقطت القسامة.

(**وادعى وليه قتله**) عمداً أو خطأ (**على أهلها**)؛ أي: المحلة، (**أو بعضهم**) عطف على «الأهل»؛ أي: على بعض أهل المحلة، إنما شرط الدعوى؛ لأنه صاحب الحق، فشرط دعواه.

(**ولا بينة له**)؛ إذ لو كانت له بينة.. سقطت القسامة.

(.. **حُلِّف**) من التحليف على صيغة المجهول (**خمسون رجلاً منهم**)؛ أي: من أهل المحلة، (**يختارهم**)؛ أي: الخمسين: (**الولي**)؛ إشارة إلى أن خيار تعيين

بِاللَّهِ: مَا قَتَلْنَاهُ، وَلَا علمنَا لَهُ قَاتلاً، ثُمَّ قُضِيَ على أَهلهَا بِالدِّيَةِ.

وَمَا تمَّ خَلقُهُ: كالكبيرِ.

الخمسين إلى الولي لا إلى الإمام؛ لأن اليمين حق الولي [٧٧٧/ب]، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل، وهو: الفسقة والشبان.

أو صالحي أهل المحلة؛ لأن تحرزهم عن اليمين الكاذبة: أبلغ، فيظهر القاتل.

ثم بيَّن اليمين بقوله: (بالله ما قتلناه، ولا علمنا له قاتلاً) هذا على طريق الحكاية عن الجميع.

وأما عند الحلف.. فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلتُ، ولا علمتُ له قاتلاً.

ولا يحلف بالله ما قتلناه، ولا علمنا له قاتلاً؛ لجواز أنه باشر قتله بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ما قتلناه، ولا علمنا له قاتلاً؛ يعني: جميعاً.

والأصل فيه: ما روى ابن عباس: أن النبي ﷺ كتب إلى أهل خيبر: «أن هذا قتيل وجد بين أظهركم؛ فما الذي يخرجه عنكم؟» فكتبوا إليه: أن مثل هذه الحادثة وقعت في بني إسرائيل، فأنزل الله على موسى ﷺ أمراً؛ فإن كنت نبياً.. فاسئل الله مثل ذلك، فكتب ﷺ إليهم: «إن الله تعالى أراني أن اختار منكم خمسين رجلاً، فيحلفون بالله ما قتلنا، ولا علمنا له قاتلاً، ثم يغرمون الدية»، قالوا: لقد قضيت فينا بالناموس؛ أي: بالوحي.

(ثم قُضِيَ على أهلها)؛ أي: على عاقلة أهل المحلة (بالدية)؛ لوجود القتيل بينهم، وقد ثبت أنه ﷺ جمع بين القسامة والدية، وكذا عمر؛ أي: قضى على عاقلتهم بالدية في ثلاث سنين.

(وما تم خلقه)؛ أي: وجد سقط تام الخلق وبه أثر الضرب.. فهو (كالكبير)؛ حيث وجبت القسامة والدية عليهم؛ لأن تمام الخلقة ينفصل حيّاً ظاهراً.

وإن كان ناقص الخلقة.. فلا شيء عليهم؛ لأنه انفصل ميتاً ظاهراً.

وَلَا يحلفُ الْوَلِيّ وَإِن كَانَ لَوْثٌ.

(ولا يحلف الولي وإن) وصلية (كان لَوثٌ)؛ أي: علامة القتل على واحد بعينه؛ أي: لا يحلف أولياء المقتول بأن أهل المحلة قتلوه وإن كان هناك لوث.

وقال الشافعي: إذا كان هناك لوث.. استحلف الأولياء خمسين يميناً: أن أهل المحلة قتلوه؛ فإن حلفوا.. يقضى على أهل المحلة بالدية؛ عمداً كانت الدعوى أو خطأً.

وقال مالك: يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد، وهو أحد قولي الشافعي.

والمراد باللوث عندهما: أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه، أو ظاهر يشهد للمدعي؛ أي: الولي؛ من عداوة ظاهرة.

أو يشهد عدل أو جماعة غير عدل عند القاضي: أن أهل المحلة قتلوه.

وإن لم يكن ثمة لوث.. استحلف المدعى عليهم؛ أي: يبدأ بيمين أهل المحلة؛ فإن حلفوا.. فلا دية عليهم.

وإن أبوا أن يحلفوا.. استحلف المدعون، واستحقوا ما ادعوا.

وللشافعي في البداية بيمين المدعي: ما روي أن عبد الله بن سهل وجد قتيلاً في قليب خيبر، فقال [٧٧٨/أ] عمر: يا رسول الله؛ إنا وجدنا قتيلاً في قليب خيبر، وذكر عداوة يهود لهم، فقال ﷺ: «يبريكم يهود بخمسين يميناً: أنهم لم يقتلوه»، قال: قلت: فكيف ترضى بأيمانهم وهم مشركون؟! قال: «فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه».

ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر، ولهذا: يجب على صاحب اليد؛ فإذا كان الظاهر شاهداً للولي وهو المدعي.. يبدأ بيمينه، فيكون اليمين حجة له، لا أن في هذه الحجة نوع شبهة، والقصاص عقوبة تسقط بالشبهة؛ فلذا أوجب الدية في القول الجديد.

فَإِن نقصَ أَهلُهَا عَنِ الْخمسينَ.. كُرِّرتِ الْيَمينُ إِلَى أَن يتمَّ.

وَمَن نكلَ.. حُبِسَ حَتَّى يحلفَ.

وَمَن قَالَ مِنْهُم: قَتلَهُ فلَانٌ.. اسْتَثْنَاهُ فِي يَمِينِهِ.

وَإِنِ ادّعى الْوَلِيِّ الْقَتْلَ على غَيرِهم..............................

ولنا: قوله ﷺ: «البينة للمدعي، واليمين على من أنكر»، فسوى في ذلك بين الدماء والأموال، وحكم فيها بحكم واحد، ولأن اليمين ليست بحجة لاستحقاق فلس.. فكيف تكون حجة في استحقاق نفس؟! واليمين عندنا: ليظهر القتل بتحرزهم في اليمين الكاذبة فيقروا، فيجب القصاص، وإذا حلفوا.. حصل البراءة في القصاص.

(**فإن نقص أهلها عن الخمسين.. كررت اليمين إلى أن يتم**) الخمسون؛ لأن الخمسين واجب بالنص، فيجب إتمامه ما أمكن، ولا يشترط فيه الوقوف على الفائدة والحكمة؛ لأنه ثبت بالنص.

(**ومن نكل**) من أهل المحلة عن اليمين (**.. حبس حتى يحلف**)؛ لأن الحلف فيه واجب بالنص، وللتعظيم لأمر الدم، ولهذا: يجمع بينه وبين الدية.

بخلاف النكول في الأموال؛ لأن الحلف فيها بدل عن أصل حقه، ولهذا يسقط ببذل المدعي المال.. فلا معنى للحبس.

وهنا: لا يسقط ببذل الدية، فيحبس.

(**ومن قال منهم**)؛ أي: من الذين طلب منهم اليمين من أهل المحلة: (**قتله**)؛ أي: هذا المقتول (**فلان.. استثناه في يمينه**)؛ أي: استثنى الفلان في يمينه؛ بأن قال: ما قتلته، ولا عرفت له قاتلاً غيره؛ لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله ذلك.. فلا يقبل، فيحلف على ذلك الوجه؛ لأنه لما أقر بالقتل.. صار مستثنى عن اليمين، فبقي حكم من سواه، فيحلف عليه.

(**وإن ادعى الولي القتل**) عمداً أو خطأ (**على غيرهم**)؛ أي: غير أهل المحلة

سَقَطَت عَنْهُم وَلَا تقبلُ شَهَادَتُهم على غَيرِهم.

خلافاً لَهما.

(..سقطت) القسامة والدية (عنهم)؛ أي: عن أهل المحلة؛ لأن ذلك إبراء منه لأهل المحلة، حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك عليهم؛ كذا في «قاضي خان».

بخلاف ما لو ادعى ولي القتيل: القتل عمداً أو خطأ على رجل بعينه من أهل المحلة التي وجد فيها القتيل؛ حيث لا تبطل القسامة والدية عن أهل المحلة، على ما صرح به [٧٧٨/ب] في «قاضي خان» أيضاً، قبيل المسألة الأولى.

وهذا: لأن إيجاب القسامة عليهم: دليل على كون القاتل منهم، فتعيينه واحداً منهم لا ينافيه؛ لأنه منهم، هذا هو المشهور من الرواية.

وفي رواية عن أبي حنيفة: تكون تلك الدعوى أيضاً إبراء منه لأهل المحلة، فسقط عنهم القسامة والدية، ويقال للولي: ألك بينة؟ فإن قال: لا.. يستحلف المدعى عليه يميناً واحدة.

وهكذا روي عن أبي يوسف أيضاً.

(ولا تقبل شهادتهم)؛ أي: شهادة أهل المحلة (على غيرهم)؛ أي: غير أهل المحلة؛ يعني: لو أقام ولي القتيل شاهدين من أهل المحلة بالقتل.. لا تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قالا: تقبل شهادة أهل المحلة على غيرهم؛ لأن الولي لما ادعى القتل على غيرهم.. تبين أنهم ليسوا بخصماء له، غاية الأمر: أنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء، وقد بطل ذلك بما ذكرناه.. فلا يمنع من قبول الشهادة؛ كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة.

ولأبي حنيفة: أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين؛ بالتقصير الصادر منهم.. فلا تقبل شهادتهم وإن خرجوا من الخصومة بعارض فإنهم دفعوا عنهم مغرماً؛ كالوصي إذا

خرج من الوصية بعدما قبلها ببلوغ الغلام، أو بعزل القاضي؛ فإنه لا تقبل شهادته في حق الصغير.

والحاصل: أن من صار خصماً في حادثة.. لا تقبل شهادته فيها، ومن كان بعرضية أن يصير خصماً... لم ينتصب خصماً بعد تقبل شهادته فيها، وهذان الأصلان مما اتُّفق عليهما.

غير أن الإمامين يجعلان أهل المحلة ممن له عرضية أن يصير خصماً، فتقبل شهادتهم.

وأبا حنيفة جعلهم ممن انتصب خصماً؛ يعني: من الأصل الأول.. فلا تقبل شهادتهم.

ولو ادعى أهل المحلة على رجل غائب من محلة أخرى: أن ذلك الرجل قتله وغاب، وأشهدوا على ذلك الرجل شاهدين ليسا منهم، بل من محلة أخرى.. تقبل شهادتهم، وتدفع عنهم القسامة والدية؛ كما في «قاضي خان»؛ حيث قال في باب ما يبطل دعوى المدعي:

ومن جنس المسائل التي تقبل الشهادة فيها لدفع الخصومة عن نفسه وإن كان مثبتاً حقاً لغيره: أنه إذا وجد القتيل في محلة، فادعى أهل المحلة أنه قتله رجل آخر من محلة أخرى، وأقاموا البينة من غير المحلة التي وجد فيها القتيل على ذلك الرجل بالقتل.. ذكر في «الأصل»: أن هذه البينة مقبولة.

فإن ادعى أولياء القتيل على ذلك الرجل.. أخذوه بالدية [٧٧٩/أ].

وإن إبرؤوه.. لم يكن للأولياء عليه، ولا على أهل المحلة شيء، جوز هذه البينة وإن أثبتوا الدية لغيرهم. انتهى.

وقال في «شرح الطحاوي»: وإن لم يدع أولياء المقتول، لكن ادعى أهل المحلة على رجل منهم أن من غيرهم.. فإنه تصح دعواهم.

وَلَا على بَعضِهِم إذا ادَّعَاهُ؛ إِجْمَاعاً.

وَوُجُودُ أَكثرِ الْبدنِ أَو نصفُهُ مَعَ الرَّأْسِ: كوجودِ كُلِّهِ.

وَلَا قسَامَةَ على صبيٍّ، وَمَجْنُونٍ، وَامْرَأةٍ، وَعبدٍ.

فإن أقاموا بينة على ذلك الرجل.. يجب عليه القصاص في العمد، والدية في الخطأ إذا وافقهم الأولياء في الدعوى.

وإن لم يوافقهم الأولياء في الدعوى على ذلك الرجل.. فلا يجب على ذلك الرجل شيء؛ لأن الأولياء أبرؤوه حيث أنكروا قتله، ولا يجب على أهل المحلة شيء أيضاً؛ لأنهم أثبتوا القتل على غيرهم.

وإن لم تقم لهم البينة، وحلف ذلك الرجل.. فإن القسامة تجب على أهل المحلة: يحلفون بالله ما قتلوه وما علموا له قاتلاً غير فلان في قول أبي حنيفة ومحمد.

وفي قول أبي يوسف: يحلفون بالله ما قتلناه؛ كذا ذكره في فتاوى أنقروي نقلاً عن «شرح الطحاوي».

(ولا على بعضهم إذا ادعاه)؛ أي: لا تقبل شهادة أهل المحلة على بعضهم بعينه إن ادعى الولي القتل على ذلك البعض بعينه؛ لأن الخصومة قائمة على الكل بإنزالهم قاتلين - على ما تقدم - والشاهد يدفعها عن نفسه، فيكون متهماً.

(إجماعاً)، في دعوى الإجماع: نظر؛ لأنه ذكر في «الهداية» و«الزيلعي» خلاف أبي يوسف في هذه المسألة.

(ووجود أكثر البدن أو نصفه مع الرأس: كوجود كله) في الأحكام المذكورة.

(ولا قسامة على صبي ومجنون)؛ لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح، واليمين: قول.

(وامرأة وعبد)؛ لأنهما ليسا من أهل النصرة، واليمين على أهل النصرة.

وَلَا قسَامَةَ، وَلَا دِيَةَ فِي ميتٍ لَا أثرَ بِهِ، أَو يخرجُ الدَّمُ مِن فَمِهِ، أَو أَنفِهِ، أَو دُبُرِهِ، أَو ذَكَرِهِ، أَو وُجِدَ أَقلُّ مِن نصفِهِ وَلَو مَعَ الرَّأْسِ، أَو نصفُهُ مشقوقاً بالطُّولِ.

وَإِن وُجِدَ على دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رجلٌ.. فَالدِّيَةُ على عَاقِلَتِهِ.

وَكَذَا: لَو كَانَ يَقُودُهَا، أَو راكبُها.

وَإِنِ اجْتَمَعُوا.. فَعَلَيْهِم.

(**ولا قسامة، ولا دية**) على أحد أصلاً (**في**) حق (**ميت لا أثر به، أو يخرج الدم من فمه، أو أنفه، أو دبره، أو ذكره**)؛ لأنه ليس بقتيل؛ لأن القتيل عندنا: كل ميت به أثر الضرب والجرح؛ فما لا أثر به.. ليس بميت.

وكذا: ما يخرج الدم من المواضع المذكورة: ليس بميت؛ لأن هذه المواضع قد يخرج الدم منها عادة بلا صنع.. فلا يستدل به على كونه قتيلاً.

لكنه أطلق خروج الدم من الفم، وفصله في «قاضي خان»؛ حيث قال: وإن كان الدم يخرج من الفم؛ إن كان يعلو من الجوف.. فهو قتيل، وإن كان ينزل من الرأس.. لا يكون قتيلاً.

فيحمل إطلاق المصنف على هذا.

(**أو وجد أقل من نصفه ولو**) وصلية (**مع الرأس، أو نصفه مشقوقاً بالطول**)؛ لأن هذا ليس [٧٧٩/ب] في حكم القتيل، عرف ذلك بالنص.. فلا شيء فيه من القسامة والدية.

(**وإن وجد**) ميت (**على دابة يسوقها رجل.. فالدية على عاقلته**)؛ أي: عاقلة الرجل، لا على أهل المحلة؛ لأن الميت في يد الرجل، فصار كأنه في داره.

(**وكذا لو كان**) الرجل (**يقودها**)؛ أي: الدابة، (**أو راكبها**)؛ أي: على عاقلة القائد والراكب، لا على أهل المحلة؛ لما ذكرناه.

(**وإن اجتمعوا**)؛ أي: السائق والقائد والراكب (.. **فعليهم**)؛ أي: فالدية عليهم؛ لأنه في أيديهم جميعاً.

وَإِن وُجِدَ على دَابَّةٍ بَينَ قريتَينِ.. فعلى أقربِهما.

وَإِن وُجِدَ فِي دَارِ نَفسِهِ.. فعلى عَاقِلَتِهِ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا شَيْءَ فِيهِ.

(وإن وجد على دابة بين قريتين.. فعلى أقربهما).

وكذا: إن وجد بين قبيلتين؛ لأن قتيلاً وجد بين قريتين على عهد النبي ﷺ فأمر أن يمسح بينهما، فوجد إلى إحدى القريتين أقرب، فقضى عليهم بالقسامة والدية.

وروي عن عمر مثله.

وإن استوى بين القريتين والقبيلتين.. فعليهما معاً.

ثم هذا - أي: لزوم القسامة والدية على أقرب القريتين في الصورة الأولى وعلى أهل القريتين معاً في الصورة الثانية - إن كان القتيل في موضع يسمع منه الصوت لأهل قرية في الصورة الأولى، ولأهلهما في الصورة الثانية؛ لأنه حينئذ إذا كان الميت في موضع يسمع الصوت.. يلحقه الغوث، فيمكنهم النصرة، وقد قصروا، فيجعلون قاتلين تقديراً.

بخلاف ما إذا لم يكن في موضع يسمع منه الصوت؛ فإنه حينئذ لا تلزمهم النصرة، فلا ينسبون إلى التقصير، فلا يجعلون قاتلين تقديراً.

(وإن وجد) القتيل في (دار نفسه)؛ أي: في دار سكن فيه بنفسه، ولو بالإجارة أو العارية (.. فعلى عاقلته)؛ أي: فديته على عاقلة القتيل لورثته عند أبي حنيفة.

(وعندهما: لا شيء فيه)، وهو قول زفر أيضاً.

وفي «الدرر»: وبه يفتى.

وفي «الحاوي»: وبه نأخذ.

لهم: أن الدار في يده حين وجد الجرح، فيجعل كأنه قتل نفسه، فيكون هدراً.

ولأبي حنيفة: أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك، وحالُ ظهورِ القتل: الدارُ للورثة.. فتجب على عاقلتهم.

بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلاً في دار نفسه؛ لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه، فيصير كأنه قتل نفسه، فيهدر دمه؛ كذا في «الهداية».

واعترض عليه في «العناية» بأن قال: فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة.

ثم قال في دليله: وحال ظهور القتل: الدار للورثة، فتجب على عاقلتهم، وفيه تناقض ظاهر، ومخالفة بين الدليل والمدلول، ودفع ذلك [٧٨٠/أ] بأن يقال: عاقلة الميت: إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم.

فإن كان الأول.. كانت الدية على عاقلة الميت، وهم عاقلة الورثة؛ فلا تنافي بينهم.

وإن كان الثاني.. كانت الدية على عاقلة الورثة، ولما كان كل منها ممكناً.. أشار إلى الأول في حكم المسألة، وإلى الثاني في دليلها.

وعلى التقدير الثاني: يقدر في قوله: «فالدية على عاقلته» مضاف؛ أي: على عاقلة ورثته.

فإن قيل: إن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة على التقدير المذكور.. فإنما وجبت للورثة، فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم؟

أجيب: بأنها تجب للمقتول، حتى تقضى منها ديونه، وتنفذ وصاياه، ثم يخلفه الوارث فيه، نظيره: الصبي والمعتوه إذا قتل أباه.. تجب الدية على عاقلته، ويكون ميراثاً له.

واعلم: أنهم اتفقوا في وجوب الدية على العاقلة في هذه المسألة، واختلفوا في وجوب القسامة عليهم على قول أبي حنيفة.

منهم من قال: لا تجب القسامة؛ لأنها تختص بمن يعلم بحال القتيل، وليس ههنا من يعلمه.. فلا تلزم القسامة.

وَإِن وُجِدَ فِي دَارِ إِنْسَانٍ.. فَعَلَيهِ الْقَسَامَةُ، وعَلى عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ.

ومنهم من قال: إنها تجب؛ لجواز أن تكون جماعة اتفقوا على قتله، فقتلوه في داره، فيكون ثمة من يعلم بحاله، ولهذا أطلق المصنف المسألة، ولم يصرح بوجوب الدية على ما صرح به في «الهداية».

(وإن وجد) القتيل (في دار إنسان.. فعليه القسامة)؛ أي: على صاحب الدار القسامة إن ثبت بالحجة أن الدار له؛ لأن التدبير في حفظ الملك الخاص: إلى المالك.

(وعلى عاقلته الدية)؛ لأن نصرته منهم، وقوته بهم.

هذا إذا كان له عاقلة، وإلا.. فعليه؛ كذا في «الدرر».

واعلم: أن صاحب «الهداية» ذكر هذه المسألة أولاً على طبق ما ذكره المصنف، وعلل بما ذكرناه من العلتين، ثم ذكر وقال: وإذا وجد قتيل في دار.. فالقسامة على رب الدار وعلى قومه جميعاً.

واعترض عليه: بأن بينهما تدافعاً؛ فإنه قال فيما ذكره أولاً: إن القسامة على صاحب الدار.

وقال فيما ذكره ثانياً: إنها على صاحب الدار وعلى قومه؛ أي: عاقلته جميعاً.

وأجيب عنه: بأنه إذا وجد قتيل في دار إنسان.. فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات، وفي القسامة روايتان، ففي إحداهما: تجب على صاحب الدار، وفي الأخرى: عليه وعلى عاقلته.

فصاحب «الهداية»: اختار أولاً: الرواية الأولى [٧٨٠/ب]، وثانياً: الرواية الثانية.

وحكي عن الكرخي أنه يوفق بين الروايتين ويقول: الرواية التي توجب القسامة على صاحب الدار: محمولة على ما إذا كان قومه؛ أي: عاقلته غُيَّباً.

والرواية التي توجبها على قومه: محمولة على ما إذا كانوا حضوراً، وكلام «الهداية» يدل على أن القسامة عليهما جميعاً إذا كانوا حضوراً.

وَإِن كَانَتِ الْعَاقِلَةُ حضوراً.. يدْخلُونَ فِي الْقِسَامَة أَيْضاً.

خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَإِلَّا.. كُرِّرت عَلَيْهِ.

والقِسامةُ على الْمُلَّاكِ دونَ السُّكَّانِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ على الْجَمِيعِ،......................................

قال في «العناية»: ويوافقه رواية «فتاوى العتابي».

قلت: ويوافقه أيضاً: كلام المصنف؛ فإنه قال: (**وإن كانت العاقلة حضوراً.. يدخلون في القسامة أيضاً**)؛ أي: مثل صاحب الدار.

(**خلافاً لأبي يوسف**)؛ فإنه قال: لا قسامة على العاقلة؛ لأن رب الدار أخص به من غيره، فيكون تدبير حفظه إليه.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم تكن العاقلة حضوراً (.. **كررت**) الأيمان (**عليه**)؛ أي: على صاحب الدار.

(**والقسامة على الملاك دون السكان**) عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وعند أبي يوسف: على الجميع**).

والمراد بالملاك: أصحاب الرقبة، وبالسكان: هم المستأجرون، والمستعيرون، والمودعون، والمرتهنون. كذا في «التاتارخانية».

ولأبي يوسف: أن ولاية التدبير كما تكون بالملك.. تكون بالسكنى أيضاً، ألا ترى: أن النبي ﷺ جعل القسامة والدية على اليهود وإن كانوا سكاناً بخيبر.

ولهما: أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان؛ لأن سكنى الملاك ألزم، وقرارهم أدوم، فكانت ولاية التدبير إليهم، فيتحقق التقصير منهم.

وأما أهل خيبر.. فالنبي ﷺ أقرهم على أملاكهم، فكان يأخذ منهم على وجه الخراج، لا على وجه الإجارة.

وَهِيَ عَلَى أَهْلِ الخطَّة وَلَوْ بَقِيَ مِنْهُم وَاحِدٌ دَونَ المُشْتَرِين.
وَعِنْدَهُ: على المُشْتَرِينَ أَيْضاً.
وَإِن لم يبْقَ مِن أَهلِ الخِطَّةِ أَحدٌ.. فعلى المُشْتَرين.
وَإِن بِيعَتْ دَارٌ وَلم تُقبَضْ.. فعلى البَائِعِ.
وَعِنْدَهُمَا: على المُشْتَرِي.

(وهي)؛ أي: القسامة، هذا ابتداء مسألة: (**على أهل الخطة**) وهم الذين خط لهم الإمام، وقسم الأراضي بخطه لتتميز أنصباؤهم وملكهم حين فتح البلدة (**ولو**) وصلية (**بقي منهم واحد دون المشترين**) عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وعنده**)؛ أي: عند أبي يوسف: (**على المشترين أيضاً**)؛ لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ، ولهذا: جعلوا مقصرين جانين، وولاية الحفظ باعتبار فيه، وقد استووا فيه، فصار كالدار المشتركة بين واحد من أهلِ الخطة وبين المشتري، ولو كان للخطة تأثير في التقديم.. لما شاركه المشتري.

ولهما: أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة في العرف، فيختص بعهدتها؛ لأن الدية والقسامة تجبان بحسبها، ولأن أهل الخطة أصيل، والمشتري دخيل، وولاية التدبير إلى الأصيل.

وفي [٧٨١/أ] الدار المشتركة: ولاية التدبير إلى الملاك مطلقاً.

بخلاف القرية والمحلة.

وقيل: أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد من عادة أهل الكوفة.

(**وإن لم يبق من أهل الخطة أحد**) بأن باعوا كلهم (.. **فعلى المشترين**)؛ لأن الولاية انقلبت إليهم؛ لزوال من يتقدمهم على قول أبي حنيفة ومحمد، أو خلصت لهم لزوال من يزاحمهم.

(**وإن بيعت دار، ولم تقبض.. فعلى البائع، وعندهما: على المشتري**).

وَفِي البيعِ بِخِيَارٍ: على ذِي الْيَدِ.
وَعِنْدَهُمَا: على مَن يصيرُ الْملكُ لَهُ.

(وفي البيع بخيار) لأحد العاقدين من البائع والمشتري: (على ذي اليد، وعندهما: على من يصير الملك له)؛ يعني: إذا بيعت الدار ولم يقبضها المشتري حتى وجد فيها قتيل.. فضمانه على عاقلة البائع.

وإن كان في البيع بخيار.. فهو على عاقلة الذي كان في يده عند أبي حنيفة.

وقالا: إن لم يكن فيه خيار.. فعلى عاقلة المشتري، وإن كان فيه خيار.. فعلى عاقلة الذي يصير الملك له؛ لأنه إنما نزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ، فلا يجب إلا على من له الحفظ، والولاية تستفاد بالملك.

ولهذا: لو كانت الدار وديعة.. تجب الدية على صاحب الدار دون المودع، والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات.

وفي الذي شرط فيه الخيار.. يعتبر قرار الملك؛ كما في صدقة الفطر.

ولأبي حنيفة: أن القدرة على الحفظ: باليد، دون الملك، ألا ترى: أنه يقدر على الحفظ باليد بدون الملك، ولا يقدر بالملك بدون اليد في الدار المغصوبة، وفي البيع البات: اليد للبائع قبل القبض.

وكذا: فيما فيه الخيار لأحدهما؛ لأنه دون البات.

ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له.. فهو أخص الناس به تصرفاً.

وإن كان الخيار للبائع.. فهو في يده مضمون عليه بالقيمة؛ كالمغصوبة، فتعتبر يده؛ إذ بها يقدر على الحفظ.

بخلاف صدقة الفطر؛ لأنها تجب على المالك لا على الضامن، وهذه ضمان جناية، فيجب على الضامن؛ لأن ضمان الجناية لا يشترط فيه الملك.

وبخلاف ما إذا كانت الدار في يده وديعة؛ لأن هذا الضمان ضمان ترك الحفظ، وهو إنما يجب على من كان قادراً على الحفظ، وهو: من له يد أصالة لا يد صيانة،

وَلَا تدي عَاقِلَة ذِي الْيَدِ إِلَّا بِحجَّةٍ أَنَّهَا لَهُ.

وَإِن وُجِدَ فِي دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ سهاماً مُخْتَلفَةً.. فالقِسامةُ وَالدِّيةُ على الرؤُوسِ.

وَإِن وُجِدَ فِي سفينةٍ.. فعلى مَن فِيهَا مِنَ الملَّاحينَ والرُّكَّابِ.

ويد المودَع يد نيابة، كذا المستعير والمرتهن.

وكذا: الغاصب؛ لأن يده يد أمانة؛ لأن العقار لا يضمن بالغصب عندنا؛ كذا في «الزيلعي».

(ولا تدي عاقلة ذي اليد إلا بحجة أنها له)؛ أي: إذا كانت دار [٧٨١/ب] في يد رجل، فوجد فيها قتيل.. لا تعقله عاقلته حتى يشهد الشهود: أنها لصاحب اليد؛ لأن ملك صاحب اليد لا بد منه حتى تعقله عاقلته، لكنها محتملة.. فلا تكفي لإيجاب الضمان على العاقلة؛ كما لا تكفي في استحقاق الشفعة في الدار المشفوعة؛ لأن ما ثبت بالظاهر: لا يصلح حجة للاستحقاق، ويصلح للدفع، ولا فرق في ذلك: بين أن يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار وغيره، عند أبي حنيفة؛ كذا في «الزيلعي».

(وإن وجد) القتيل (في دار مشتركة سهاماً مختلفة)؛ أي: سهامهم في تلك الدار متفاوتة؛ بأن كانت بين ثلاثة نفر مثلاً، لأحدهم النصف، وللآخر الثلث، وللآخر السدس (.. فالقسامة والدية على الرؤوس)، ولا معتبر بتفاوت السهام ؛ لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير، فكانوا سواء في الحفظ والتقصير، فيكون على عدد الرؤوس، بمنزلة الشفعة.

وكذا: إذا وجد القتيل في محلة.. فالقسامة والدية على الرؤوس لا على الأموال.

(وإن وجد) القتيل (في سفينة.. فعلى من فيها)؛ أي: فالقسامة والدية على من فيها (من الملاحين والركاب)؛ لأنها في أيديهم، فيستوي المالك وغيره فيها.

وَإِن وُجِدَ فِي مَسْجِدِ محلّةٍ.. فعلى أَهلِهَا.

وَإِن بَينَ قريتَينِ.. فعلى أَقربِهما.

وَإِن فِي سوقٍ مَمْلُوكٍ.. فعلى الْمَالِكِ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: على السُّكَّانِ.

وَفِي غيرِ الْمَمْلُوكِ، كالشوارعِ: على بَيتِ المَالِ.

أما على قول أبي يوسف: فظاهر؛ لأنه كان يسوي في الدار بين الساكن والملاك كما تقدم.

والفرق لهما بين الدار والسفينة: أن السفينة تنقل وتحول، فتكون في اليد حقيقة، فيعتبر فيها اليد، دون الملك؛ كما في الدابة، بخلاف الدار: فإنها لا تنقل، فتكون اليد فيها حقيقة للساكن.

(وإن وجد) القتيل (في مسجد محلة.. فعلى أهلها)؛ أي: أهل المحلة؛ لأن التدبير والتصرف في حفظ المسجد إليهم.

وفي «الدرر»: ولو وجد القتيل في أرض أو دار موقوفين على أرباب معلومة.. فعليهم؛ لأنهم أحق الناس بالتدبير فيهما، ولو كانت موقوفة على مسجد.. فكالمسجد. انتهى.

(وإن) وجد القتيل (بين قريتين) أو قبيلتين (.. فعلى أقربهما)؛ لما ذكرناه عند قوله: «وأن وجد على دابة بين قريتين».

(وإن) وجد القتيل (في سوق مملوك.. فعلى المالك) عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: على السكان) في ذلك السوق؛ لأن الأسواق المملوكة محفوظة بحفظ أربابها أو ساكنها، على الخلاف.. فالعهدة عليهم.

(وفي غير المملوك؛ كالشوارع) الأعظم: (على بيت المال)؛ أي: الدية على بيت المال؛ لأن التدبير والتصرف في الشوارع: إلى الإمام؛ لأنه نائب المسلمين [٧٨٢/أ]،

وَكَذَا: إِنْ وُجِدَ فِي الْمَسْجِدِ الْجَامِعِ.

ولا قسامة فيها؛ لأنها لنفي تهمة القتل، وذلك لا يتحقق في حق العامة وأهل الشوارع العامة.

بخلاف شارع المحلة؛ فإن القسامة والدية فيها على أهل المحلة؛ كما في مسجد المحلة.

اعلم: أن الطريق ينقسم ابتداء إلى قسمين:

أحدهما: طريق خاص، وهو: ما يختص بواحد أو أكثر، ويكون له مدخل لا مخرج.

والآخر: طريق عام، وهو: ما لا يختص بواحد أو أكثر، ويكون له مدخل ومخرج، ويسمى هذا: بالشارع، وهو أيضاً قسمان:

أحدهما: شارع المحلة، وهو: ما يكون المرور فيه أكثرياً لأهل المحلة، وقد يكون لغيرهم أيضاً، وهذا ما قال في «الينابيع»: وفي مسجد محلة على أهلها؛ كما لو وجد في شارع المحلة.

والآخر: الشارع الأعظم، وهو: ما يكون مرور جميع الطوائف فيه على السوية؛ كالطريق الواسعة في الأسواق وخارج البلدان، وهذا ما قال في «الهداية»: ومن وجد في الجامع والشارع الأعظم.. فلا قسامة فيه؛ كذا في «الدرر».

هذا صريح في أن الشارع الأعظم غير مختص بخارج البلد، وهو الظاهر من إطلاق المتون والشروح والفتاوى، لكن أفتى شيخ الإسلام أبو السعود أولاً بعدم الاختصاص، ثم رجع وأفتى باختصاصه بخارج البلدة، وعمل القضاة اليوم بالاختصاص.

(**وكذا**) لا قسامة، والدية على بيت المال (**إن وجد**) القتيل (**في المسجد الجامع**)؛ لما ذكرناه في الشوارع.

قال في «الزيلعي» نقلاً عن «المنتقى»: إذا وجد قتيل في صف من السوق:

وَكَذَا: إِن وُجِدَ فِي السِّجْنِ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: على أَهلِ السجْنِ.

وَإِن وُجِدَ فِي بَرِيَّةٍ لَيْسَ بِقُرْبِهِ قَرْيَةٌ يسمعُ مِنْهَا الصَّوْتُ.. فَهُوَ هَدَرٌ.

وَكَذَا: لَو فِي وسطِ الْفُرَاتِ.

فإن كان أهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم.. فدية القتيل عليهم.

وإن كانوا لا يبيتون فيها.. فالدية على ملاك الحوانيت.

(وكذا)؛ أي: لا قسامة، والدية على بيت المال (إن وجد) القتيل (في السجن)؛ لأن تدبير السجن إلى الإمام، هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: على أهل السجن)؛ أي: السكان فيه؛ لما تقدم من أصله في مسألة السكان والملاك.

(وإن وجد) القتيل (في برية) غير مملوكة، (ليس بقربه قرية يسمع منها الصوت.. فهو)؛ أي: القتيل المذكور (هدر)؛ لأن في هذه الحالة لا يلحقه غوث من غيره، فلا يوصف أحد بالتقصير، ولا ينزل قاتلاً.

بخلاف ما إذا كان بقربه قرية يسمع منها الصوت؛ فإن القسامة والدية على أهل تلك القرية؛ لتقصيرهم.

ولو كانت البرية مملوكة لأحد.. فالقسامة والدية على المالك [٧٨٢/ب]، ولهذا قيدناها بغير المملوكة.

ولو وجد القتيل في موضع مباح؛ نحو الفلاة إلا أنه في أيدي المسلمين.. كانت الدية في بيت المال؛ كذا في «قاضي خان».

(وكذا)؛ أي: هدر (لو) وجد القتيل (في وسط الفرات)؛ لأن الفرات ليس في يد واحد، ولا في ملكه؛ إذا كان يمر به الماء، فيهدر ما وجد فيه من القتيل.

بخلاف ما إذا كان النهر صغيراً تستحق به الشفعة؛ حيث يكون ضمانه على أهله؛ لقيام يدهم عليه.

وَإِن محتبساً بالشَّطِّ.. فعلى أَقربِ الْقُرى مِنْهُ.

وَإِنِ التقى قومٌ بِالسُّيُوفِ، ثمَّ أُجلُوا عَن قَتِيلٍ.. فعلى أَهل الْمحلَّةِ، إِلَّا أَن يَدَّعِيَ وليُّهُ على الْقَوْمِ، أَو على معَيَّنٍ مِنْهُم،..............................

قال في «الزيلعي» نقلاً عن شيخ الإسلام: إن النهر العظيم إذا كان موضع انبعاث مائه في دار الإسلام.. تجب الدية في بيت المال؛ لأنه موضع المسلمين.

بخلاف ما إذا كان موضع انبعاث مائه في دار الحرب؛ لأنه يحتمل أن يكون قتيل أهل الحرب، فيهدر.

والمراد بالفرات: النهر العظيم مطلقاً، لا النهر المخصوص؛ لعدم خصوصية الفرات بذلك الحكم.

وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص، بل الماء ما دام جارياً بالقتيل غير محتبس.. كان حكم الشط كحكم الوسط؛ كذا في «العناية».

(وأن) كان القتيل (محتبساً بالشط)؛ أي: طرف النهر (.. فعلى أقرب القرى منه)؛ أي: من ذلك الطرف؛ لأن ذلك الطرف في أيديهم يسقون منه، ويوردون دوابهم عليه، فكانوا أخص بتصرفه من غيرهم، فيكون ضمان المحتبس فيه عليهم؛ لأنه كالموضوع في الشط.

لكن هذا إذا كان ذلك الطرف بحيث يصل الصوت منه أهل تلك القرى والأراضي، إلا.. فلا قسامة ولا دية على أحد؛ كذا في «قاضي خان».

(وإن التقى قوم) من المسلمين عصبية، بخلاف ما إذا التقى المسلمون مع الكافر؛ فإن ذكره سيأتي مصرحاً (بالسيوف، ثم أجلوا)؛ أي: تفرقوا (عن قتيل)؛ أي: ظهر في موضع التقائهم قتيل (.. فعلى أهل المحلة)؛ لأن حفظ المحلة عن مثل ذلك واجب عليهم؛ فإذا لم يعرف قاتله.. جعل عليهم القسامة والدية؛ لتقصيرهم في الحفظ.

(إلا أن يدعي وليه)؛ أي: ولي القتيل (على القوم) كلهم (أو على معين منهم)؛

فَتسقط عَنْهُم وَلَا تثبتُ على الْقَوْمِ إِلَّا بِحجَّةٍ.

وَلَو وُجِدَ فِي معسكرٍ بِأَرْضٍ غيرِ مَمْلُوكَةٍ؛ فَإِن فِي خباءٍ أَو فُسطاطٍ.. فعلى ربِّهِ، وإِلَّا.. فعلى الْأَقْرَبِ مِنْهُ.

أي: من القوم، (فتسقط) القسامة والدية (عنهم)؛ أي: عن أهل المحلة؛ لأنه أبرأهم بهذه الدعوى.

(ولا تثبت) دعوى الولي (على القوم) كلهم أو على معين (إلا بحجة)؛ إذ بمجرد الدعوى لا يثبت الحق، لكن يسقط به الحق عن أهل المحلة؛ لأن قوله حجة على نفسه؛ لاستلزامه الإبراء عن أهل المحلة.

(ولو وجد) القتيل (في معسكر) أقاموا (بأرض غير مملوكة) لأحد:

(فإن) وجد (في خباء)؛ أي: خيمة (أو فسطاط.. فعلى ربه)؛ أي: فالقسامة [٧٨٣/أ] والدية على ربه؛ أي: لرب الخباء أو القسطاط.

الخباء: الخيمة من الصوف.

والفسطاط: الخيمة العظيمة.

والمراد بربهما: من يسكن فيهما، وهذا؛ لأنه في يد الساكن كما في الدار، فيكون تدبيره إليه.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يوجد في خباء أو فسطاط، بل وجد في خارج منهما (.. فعلى الأقرب منه)؛ أي: على أقرب الأخبية منه؛ اعتباراً لليد عند انعدام الملك؛ كذا في «الهداية».

قالوا: هذا إذا نزلوا قبائل متفرقين؛ أما إن نزلوا مختلطين.. فالقسامة والدية عليهم جميعاً؛ لأنهم لما نزلوا جملة.. صارت الأمكنة كلها بمنزلة محلة واحدة، فيكون من وجد فيهم من القتيل منسوباً إليهم جميعاً، فيكون من وجد خارج الأخبية والفسطاط مضموناً عليهم.

وقال في «الزيلعي»: إن وجد القتيل في خارج الأخبية والفسطاط؛ ينظر: إن

وَإِن كَانُوا قد قَاتلُوا عدوّاً.. فَلَا قِسَامَةَ وَلَا دِيَةَ.

وإِنِ الأَرْضُ مَمْلُوكَةً.. فالعسكرُ: كالسُّكَّانِ، والقسامةُ على الْمَالِكِ لَا عَلَيْهِم.

خلافاً لأَبي يُوسُفَ.

وَمن جُرِحَ فِي قَبيلَةٍ، ثمَّ نُقِلَ إِلَى أَهلِهِ وَلم يزل ذَا ....

كانوا ينزلون قبائل متفرقين.. فعلى القبيلة التي وجد فيها القتيل، وإن وجد بين القبيلتين.. فعلى أقربهما، وإن استويتا.. فعليهما جميعاً.

(وإن كانوا قد قاتلوا عدواً.. فلا قسامة، ولا دية)؛ لأن الظاهر: أن العدو قتله، فيكون هدراً.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين المسألة المتقدمة؛ من أنه إذا التقى قوم بالسيوف، ثم أجلوا عن قتيل.. فلا قسامة ولا دية عليهم، بل على أهل المحلة؟

قيل في الفرق: إن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركين في موضع في دار الإسلام، ولا يدرى أن القاتل من أيهما.. يرجح احتمال قتل المشركين؛ حملاً لأمر المسلمين على الصلاح؛ لأنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الموضع، ويقتلون المسلمين.

وأما في المسلمين بين الطرفين عصبية.. فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح؛ حيث كان الفريقان مسلمين، فبقي حال القتل مشكلاً، فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان؛ لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال.

(وإن) كانت (الأرض مملوكة) لأحد؛ أي: الأرض التي نزل فيها العسكر (.. فالعسكر كالسكان، والقسامة على المالك)؛ أي: مالك الأرض، وكذا الدية.

(لا عليهم)؛ أي: على السكان في تلك الأرض، عند أبي حنيفة ومحمد.

(خلافاً لأبي يوسف)، فإن عنده: على السكان؛ كما تقدم وجه الطرفين من قبل.

(ومن جُرِح) على صيغة المجهول (في قبيلة، ثم نقل إلى أهله ولم يزل ذا

فرَاشٍ حَتَّى مَاتَ.. فالقسامةُ على الْقَبِيلَةِ عِنْدَ الإِمَامِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا شَيْءَ فِيهِ.

وَلَو مَعَ الجريحِ رجلٌ، فَحُمِلَ إِلَى أَهلِهِ وَمَاتَ فِي أَهلِهِ.. فَلَا ضَمَانَ على الرَّجُلِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَفِي قِيَاسِ قَولِ الإِمَامِ: يضمنُ.

وَلَو أَنَّ رجلَيْنِ كَانَا فِي بَيتٍ، فَوُجِدَ أَحدُهمَا مذبوحاً.. ضَمِنَ الآخرُ دِيَتَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

خلافاً لمُحَمَّدٍ.

فراش حتى مات.. فالقسامة) وكذا الدية: (على القبيلة عند الإمام).

(وعند أبي يوسف: لا شيء فيه)؛ لأن الذي وجد في القبيلة [٧٨٣/ب] أو المحلة ليس بقتل؛ لأن الجرح غير القتل.. فلا ضمان فيه.

ولأبي حنيفة: أن الجرح إذا اتصل به الموت.. صار قتلاً، ولهذا وجب القصاص في العمد، والدية في الخطأ.

وإن لم يكن صاحب فراش.. احتمل أن يكون الموت من غير الجرح، فلا يلزم بالشك.

(ولو) كان (مع الجريح رجل، فحمل) الجريح (إلى أهله) فمكث يوماً أو يومين (ومات في أهله.. فلا ضمان على الرجل عند أبي يوسف، وفي قياس قول الإمام: يضمن)؛ لأن يده بمنزلة المحلة، فوجوده جريحاً في يده: كوجوده جريحاً في المحلة؛ كذا في «الهداية».

(ولو أن رجلين كانا في بيت)، وليس معهما ثالث، (فوجد أحدهما مذبوحاً.. ضمن الآخر ديته عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد)؛ لأنه يحتمل أنه قتل نفسه، ويحتمل أن الآخر قتله.. فلا يضمن بالشك، فصار كما إذا وجد كلاهما مذبوحاً في ذلك البيت.

وَلَو وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي قَرْيَةٍ لامْرَأَةٍ.. كُرِّرَ الْيَمِينُ عَلَيْهَا، وتدي عاقلتُها.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: على عاقلتِها الْقِسَامَةُ أَيْضاً.

وَقَالَ الْمُتَأَخِّرُونَ: وَالْمَرْأَةُ تدخلُ فِي التَّحَمُّلِ مَعَ الْعَاقِلَةِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ.

ولأبي يوسف: أن الظاهر: أن الإنسان لا يقتل نفسه، فكان توهم ذلك ساقطاً، فصار كما إذا وجد في محلة.

وأفتى بعض مشايخ الإسلام: بضمان نصف الدية؛ عملاً بالقولين؛ كما في الأجير المشترك.

(ولو وجد القتيل في قرية) أو محلة أو دار (لامرأة.. كرر اليمين عليها)؛ أي: على امرأة، (وتدي)؛ أي: تضمن الدية (عاقلتها)؛ أي: عاقلة المرأة؛ يعني: القسامة عليها وتكرر، والدية على عاقلتها، عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: على عاقلتها القسامة أيضاً)؛ أي: كالدية؛ لأن القسامة لا تجب إلا على من كان من أهل النصرة، وهي ليست من أهلها، فأشبهت الصبي، فتكون على عاقلتها؛ مثل الدية.

ولهما: أن القسامة لنفي التهمة، وتهمة القتل من المرأة متحققة، فتكون القسامة عليها.

(وقال المتأخرون) من أصحابنا: (والمرأة تدخل في التحمل)؛ أي: تحمل الدية (مع العاقلة في هذه المسألة) دون غيرها، على ما يجيء في المعاقل.

وإنما دخلت في هذه الصورة؛ لأنها نزلت قاتلة تقديراً؛ حيث دخلت في تحمل الدية أيضاً.

بخلاف غيرها من الصور؛ فإن المرأة لا تدخل فيها في القسامة، بل تجب على الرجال، فلا تدخل في الدية أيضاً.

وفي «قاضي خان»: امرأة قتلت رجلاً خطأً حتى وجبت الدية على عاقلتها، هل يجب عليها شيء من تلك الدية؟

وَلَو وُجِدَ فِي أَرضِ رجلٍ فِي جَنبِ قَرْيَةٍ لَيْسَ صَاحبُ الأَرْضِ مِنْهَا.. فَهُوَ على صَاحبِ الأَرْضِ.

اختلف فيه المشايخ:

قال بعضهم: لا يلزمها، وكذلك لو كان الجاني مجنوناً أو صبياً؛ فإن جميع الدية يكون على عاقلته في قول هؤلاء.

والصحيح: أن القاتل يشارك العاقلة؛ كان القاتل امرأة أو صبياً [٧٨٤/أ] أو مجنوناً. انتهى.

(ولو وجد) القتيل (**في أرض رجل في جنب قرية ليس صاحب الأرض منها**)؛ أي: من تلك القرية (.. **فهو**) يعني القسامة والدية (**على صاحب الأرض**)؛ لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية؛ لأن الحفظ والتدبير في الأرض إلى صاحبه، لا إلى أهل القرية.

ولو وجد القتيل في أرض موقوفة، أو دار موقوفة على أرباب معلومة.. فالقسامة والدية على أربابها لو كانوا في موضع يسمع منه الصوت؛ لأن تدبيره إليهم.

ولو كانت موقوفة على المسجد.. فهو كما لو وجد في المسجد، وقد تقدم حكمه.

ولو كان الأرباب في موضع لا يسمع منه الصوت.. فلا.

* * *

(كتاب المعاقل)

(كِتَابُ المَعَاقِلِ)

وَهِي: الدِّيَةُ.

والعاقلةُ: من يُؤَدِّيهَا، وهم: أَهلُ الدِّيوَانِ.

إِن كَانَ الْقَاتِلُ مِنْهُم.. تُؤْخَذُ مِن عطاياهم فِي ثَلَاثِ سِنِينَ.

(كِتَابُ المَعَاقِلِ)

هي جمع مَعقُلة بفتح الميم وضم القاف بمعنى العقل.

(وهي: الدية) سميت به؛ لأنها تعقل الدماء من أن تسفك.

(والعاقلة: من يؤديها)؛ أي: الدية.

قال في «المصباح»: ودافع الدية: عاقل، والجمع: عاقلة، وجمع العاقلة: عواقل.

(وهم)؛ أي: العاقلة (أهل الديوان)؛ أي: من أهل ديوانهم من أهل مصرهم، لا من مصر آخر، فيعقل عن أهل سواده لا عن أهل مصر آخر، ولا عن أهل البادية.

وقيل: يعقل عن أهل مصر آخر، لا عن أهل البادية.

فعاقلة الرجل: أهل ديوانه من أهل مصره أو سواده؛ فإن كان من الغزاة.. فالغزاة، وإن كان من الكتاب.. فالكتاب.. وهكذا. كذا في «شرح النقاية».

والديوان: هي جريدة الحساب، مجموعة من القراطيس، يقال: أن عمر أول من دون الدواوين في العرب؛ أي: رتب الجرائد للعمال والولاة والقضاة، ويقال: فلان من أهل الديوان؛ أي: ممن أثبت نفسه في الجريدة.

(إن كان القاتل منهم)؛ أي: من أهل الديوان (.. تؤخذ من عطاياهم)؛ أي: من وظائفهم التي كانوا يأخذونها من بيت المال، لا من أصل مالهم؛ لأن أهل الديوان هم الذين لهم رزق في بيت المال، وكتب أسماؤهم في الديوان، والمراد بعطاياهم هنا: عطاياهم الثلث؛ تحقيقاً للتخفيف.

وهي تخرج غالباً في ثلاث سنين، ولهذا قال: (في ثلاث سنين)؛ فإن عمر لما

فَإِن خَرَجَت ثَلَاثُ عطايا فِي أقَلَّ أَو أَكثَرَ.. أُخِذَ مِنْهَا.

دون الدواوين.. جعل الدية على أهل الديوان بمحضر من الصحابة من غير نكير.

والتقدير بثلاث سنين: مروي عن النبي ﷺ، وحكي عن عمر، ولأن الأخذ من عطاياهم للتخفيف، وهي تخرج [٧٨٤/ب] في كل سنة مرة واحدة، فتؤخذ في ثلاث سنين.

(**فإن خرجت ثلاث عطايا في أقل**) من ثلاث سنين؛ بأن خرجت في سنة واحدة أو سنتين ثلاث عطايا (**أو أكثر**) من ثلاث سنين (**.. أخذ منها**)؛ أي: مما خرج في أقل من ثلاث سنين أو أكثر منها؛ لحصول المقصود به؛ لأن المقصود: التخفيف، وقد حصل ذلك بالأخذ منها.

والحاصل: أن الدية تجب على العاقلة في ثلاث عطاياهم؛ فإن خرجت عطاياهم الثلاث في ثلاث سنين كما هو الغالب.. تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين، وإن خرجت عطاياهم الثلاث في سنة واحدة.. يؤخذ جميع الدية في سنة واحدة؛ لحصول المقصود من التفريق إلى ثلاث سنين، وهو التخفيف.

وإن خرجت عطاياهم الثلاث في أكثر من ثلاث سنين.. تؤخذ منها، كما لو خرجت في ست سنين.. تؤخذ الدية منها في كل سنة: سدسها، وهكذا؛ لأن المقصود يحصل بذلك.

ثم المراد من العطايا الثلاث: هي العطايا المفروضة للسنين المستقبلة، لا للسنين الماضية، حتى لو كانت عطايا السنين الماضية اجتمعت قبل قضاء القاضي بالدية على العاقلة، ثم قضى بها عليهم.. لا تؤخذ من العطايا الماضية، بل تؤخذ من العطايا المستقبلة؛ لأن ابتداء وجوب الدية على العاقلة: من حين قضاء القاضي، لا من حين القتل؛ لأن من عليه الدية غير معلوم قبل القضاء بها؛ لكونه مجتهداً فيه؛ لأن في العاقلة كلاماً:

قال بعضهم: هم أهل الديوان، وعليه مشايخنا.

وَمَن لم يكن مِنْهُم - فعاقلتُهُ: قبيلتُهُ، تُؤْخَذُ مِنْهُم فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، مِن كُلِّ وَاحِدٍ: ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ، أَو أَرْبَعَةٌ، كلَّ سنةٍ: دِرْهَمٌ، أَو دِرْهَمٌ وَثلثُ درهمٍ لَا أَزِيدُ.

وقال بعضهم: هم العشيرة، وعليه الشافعية.. فلا يتعين إلا بالقضاء.

وكذا: الواجب في نفسه غير متعين قبل القضاء؛ فإن ولاية التعيين فيه إلى القاضي؛ إن شاء قضى بالإبل، وإن شاء بالدراهم، وإن شاء بالدنانير.

(**ومن لم يكن منهم**)؛ أي: من أهل الديوان (.. **فعاقلته: قبيلته**)؛ لأن التناصر بالقبيلة.

فسر القبيلة في «شرح المجمع»: بالعصبة من النسب، واستدل عليه بما روي: أنه ﷺ أوجب الدية على عصبة القاتل.

قال علاء الدين الأسود في «شرح الوقاية» نقلاً عن «شرح الكافي»: ومن جنى من أهل البادية الذين لا ديوان لهم.. فرضت الدية على عواقلهم في ثلاث سنين، على الأقرب فالأقرب: على الأخوة، ثم بني الأخوة، ثم الأعمام، ثم بني الأعمام [٧٨٥/أ]، على ما عرف من ترتيب العصبات.

وهل يدخل البنون والآباء؟

بعضهم قالوا: يدخلون؛ لأنهم أقرب.

وبعضهم قالوا: لا يدخلون؛ لأن الانتصار غير معتاد من الأبناء والآباء. انتهى.

(**تؤخذ منهم**)؛ أي: من قبيلته (**في ثلاث سنين**)، والتقدير بثلاث سنين؛ لما ذكرناه من قبل.

(**من كل واحد**)؛ أي: يؤخذ من كل واحد من آحاد القبيلة في مجموع ثلاث سنين: (**ثلاثة دراهم، أو أربعة**) دراهم، (**كل سنة: درهم**)؛ أي: يؤخذ من كل منهم في كل سنة درهم فقط؛ ليكون المأخوذ في مجموع ثلاث سنين: ثلاثة دراهم.

(**أو درهم وثلث درهم**)؛ أي: يؤخذ من كل منهم في كل سنة: درهم وثلث درهم؛ ليكون المأخوذ في مجموع ثلاث سنين: أربعة دراهم.

(**لا أزيد**) لواحد على ثلاثة دراهم أو أربعة، وينقص منها.

هُوَ الْأَصَحُّ.

وَقِيلَ: فِي كلِّ سنةٍ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ أَو أَرْبَعَةٌ.

فَإِن لم تَتَّسِعِ الْقَبِيلَةُ لذَلِكَ.. ضُمَّ إِلَيْهِم أَقربُ الْقَبَائِلِ نسباً، على تَرْتِيبِ الْعَصَبَاتِ،..

(هو الأصح)؛ لأن محمداً نص عليه؛ حيث قال: لا يزاد كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين: على ثلاثة أو أربعة.. فلا يؤخذ من كل واحد من جميع الدية في ثلاثة سنين: على ثلاثة أو أربعة، فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة: إلا درهم أو درهم وثلث درهم.

(وقيل: في كل سنة ثلاثة دراهم أو أربعة).

وإنما كان الأول أصح؛ لحصول معنى التخفيف بذلك.

بخلاف هذا؛ لأنه لو أخذ في كل سنة ثلاثة دراهم.. يكون في ثلاث سنين: تسعة دراهم، ولو أخذ في كل سنة أربعة.. يكون في ثلاث سنين: اثني عشر، فيخرج من التخفيف.

(فإن لم تتسع القبيلة لذلك)؛ أي: الدية (.. ضم إليهم)؛ أي: إلى القبيلة (أقرب القبائل نسباً على ترتيب العصبات) الأخوة، ثم بنوهم، ثم الأعمام، ثم بنوهم.

وأما الآباء؛ أي: آباء القاتل وأبناؤهم.. فقد اختلفوا فيه:

قيل: يدخلون فيهم لقربهم.

وقيل: لا يدخلون؛ كما تقدم.

قالوا: هذا في حق العرب؛ لأنهم حفظوا أنسابهم، فأمكن إيجابه على أقرب القبائل.

وأما العجم: فقد ضيعوا أنسابهم، فلا يمكن ذلك في حقهم؛ فإن لم يمكن.. فقد اختلفوا فيه:

وَالْقَاتِلُ كأَحدِهم.

وَإن كَانَ مِمَّن يتناصَرُونَ بالحِرَفِ أَو بِالْحِلْفِ.. فعاقلتُهُ أَهلُ حِرفتِهِ، أَو حِلْفِهِ.

وعاقلةُ الْمُعْتَقِ وَمولى الْمُوَالَاة: مَوْلَاهُ وعاقلتُهُ.

قال بعضهم: يعتبر المحال والقرى، الأقرب فالأقرب.

وقال بعضهم: يجب الباقي من الدية في مال الجاني.

(والقاتل كأحدهم)؛ أي: كواحد من العاقلة؛ لأنه هو القاتل.. فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره.

وقال الشافعي: لا يجب على القاتل شيء من الدية؛ لأنه معذور، ولهذا لا يجب عليه الكل، فكذا البعض؛ إذ الجزء لا يخالف الكل.

قلنا: إيجاب الكل عليه إجحاف [٧٨٥/ب] واستئصال، ولا كذلك إيجاب البعض، ولأنها تجب للنصرة، وهو ينصر نفسه مثل ما ينصر غيره، بل أشد، فكان أولى بالإيجاب عليه.

(وإن كان) القاتل (ممن يتناصرون بالحِرف أو بالحِلف) هو بكسر الحاء: العهد بين القوم، ومنه قولهم: تحالفوا على التناصر، والمراد به: ولاء الموالاة؛ كذا في «العناية».

(.. فعاقلته: أهل حرفته أو حلفه)؛ لأنهم يتناصرون به.

(وعاقلة المعتَق ومولى الموالاة: مولاه وعاقلته)؛ أي: عاقلة مولاه؛ يعني: أن عاقلة المعتق: قبيلة مولاه؛ لأن نصرته بهم، وعاقلة مولى الموالاة: مولاه وقبيلة مولاه؛ أي: الذي عاقده؛ لأن العرب تتناصر به، فأشبه ولاء العتاقة؛ كذا في «الزيلعي».

ولا يخفى عليك: أن قوله: «ومولى الموالاة: مولاه وعاقلته» تكرار بعد قوله: «أو بالحلف»؛ لأن المراد بالحلف: ولاء الموالاة؛ على ما في «العناية».

وعاقلةُ ولدِ الْمُلَاعِنَةِ: عَاقِلَةُ أُمِّهِ.

فَإِنِ ادَّعَاهُ الْأَبُ بَعْدَمَا عَقَلوا عَنهُ.. رجعُوا على عَاقِلَتِهِ بِمَا غَرِموا.

وَإِنَّمَا تعقلُ الْعَاقِلَةُ مَا وَجبَ بِنَفسِ الْقَتْلِ، فَلَا تعقلُ جِنَايَةَ عمدٍ،.........

(وعاقلة ولد الملاعنة: عاقلة أمه)؛ لأن نسبه ثابت منها دون الأب.

فإن عقلوا عنه؛ (فإن ادعاه الأب)؛ أي: (بعدما عقلوا عنه.. رجعوا على عاقلته بما غرموا)؛ أي: على عاقلة الأب في ثلاث سنين، من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب؛ لأنه تبين: أن الدية واجبة عليهم؛ لأن عند الإكذاب.. ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتاً من الأب؛ حيث بطل اللعان بالإكذاب، ومتى ظهر أن النسب كان ثابتاً منه من الأصل: فقوم الأم تحملوا ما كان واجباً على قوم الأب، فيرجعون عليهم؛ لأنهم مضطرون في ذلك؛ كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

(وإنما تعقل العاقلة ما وجب بنفس القتل)؛ لأن القتل إنما قصر في القتل بانتصاره بالعاقلة، فكانوا مقصرين في ترك مراقبته.

بيانه: أن القاتل خطأ معذور، وكذا القاتل شبه عمد معذور؛ لأن الآلة ليست للقتل، بل للتأديب، وللنفس احترام لا يجوز إهدارها، ولا وجه لإيجاب القود على القاتل المعذور، وفي إيجاب مال عظيم - أي: تمام الدية -: استئصال له، فضم إليه العاقلة؛ لأنه إنما قصر بقوة حاصله فيه، وهي بانتصاره بالعاقلة، فكانوا مقصرين في ترك مراقبته، فخصوا به.

ولأن النص الوارد في إيجاب الدية على العاقلة: ورد في نفس القتل بالخطأ، وهو قوله ﷺ لأولياء الضاربة: «قوموا فدوه»، وشبه العمد [٧٨٦/أ] في معناه.

وتتحمل العاقلة أيضاً قدر أرش موضحة فصاعداً؛ لأن الواجب فيه: الدية، وهي على العاقلة.

(فلا تعقل) العاقلة (جناية عمد) إلا في مسألة، وهي: ما إذا عفا بعض الأولياء،

وَلَا جِنَايَةَ عبدٍ، وَلَا مَا لزمَ بصُلحٍ أَو باعترافٍ، إِلَّا أَن يُصدَّقُوهُ.

أو صالح عنه؛ فإن نصيب الباقين ينقلب مالاً، وتتحمله العاقلة؛ كذا في جنايات «الأشباه» نقلاً عن «شرح المجمع».

قلت: هذا خلاف الصحيح، بل الصحيح أنه يلزم القاتل؛ كما تقدم في فصل سقوط القصاص.

(ولا جناية عبد، ولا ما لزم بصلح أو اعتراف)؛ لما روي أنه ﷺ قال: «لا تعقل العواقل عمداً، ولا عبداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً، ولا ما دون أرش الموضحة»، كذا روي.

وفي «القاموس»: أنه ليس بحديث كما توهمه الجوهري، ولأنه لا يتناصر بالعبد، والصلح والاعتراف لا يلزمان العاقلة؛ لقصور ولايته عنهم، ولا يلزم عليهم مراقبته على العمد، ولأن ما لم يجب بنفس القتل ابتداء.. لم يلزمَ العاقلة.

(إلا أن يصدقوه)؛ لأن التصديق إقرار، فيلزمهم بإقرارهم؛ لأن لهم ولاية على أنفسهم، والامتناع كان لحقهم، وقد زال، أو أن تقوم البينة؛ فإن العاقلة حينئذ تعقل أيضاً في الصور المذكورة؛ لأن ما ثبت بالبينة: كالمشاهد؛ لأنها كاسمها مبيّنة، وتقبل البينة ههنا مع الإقرار وإن كانت لا تعتبر معه؛ لأنها تثبت ما ليس بثابت بإقرار المدعى عليه، وهو: الوجوب على العاقلة.

ولو أقر بالقتل خطأ ولم يرتفعوا إلى الحاكم إلا بعد سنين، فقضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين.. كان أول المدة يوم يقضى عليه؛ لأن التأجيل من وقت القضاء بالبينة، فكذا: في الثابت بالإقرار، بل أولى؛ لأنه أضعف.

ولو تصادق القاتل أولياء المقتول على أن قاضي بلد بكذا قضى بالبينة على عاقلته، وكذبتهما العاقلة.. فلا شيء على العاقلة؛ لأن تصادقهما لا يكون حجة عليهم، ولم يكن عليه شيء في ماله؛ لأن الدية بتصادقهما تضرب على العاقلة بالقضاء، وتصادقهما حجة في حقهما، فلم يلزمه إلا حصته.

وَلَا أقلَّ مِن نصفِ عُشرِ الدِّيَةِ، بل ذَلِكَ على الْجَانِي.

وَلَا تدخلُ النِّسَاءُ وَالصِّبيانُ فِي الْعَقلِ.

وَلَا يعقِلُ مُسلمٌ عَن كَافِرٍ، وَبِالْعَكْسِ.

وَيعْقلُ الْكَافِرُ عَن الْكَافِرِ وَإِن اخْتلفَا مِلَّةً؛ إِن لم تكنِ الْعَدَاوَةُ بَينَ المِلَّتينِ ظَاهِرَةً، كاليهودِ مَعَ النَّصَارَى.

وَإِن لم يكن للذِّمِّيِّ عَاقِلَةٌ.. فَالدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ.

بخلاف الصلح والإقرار؛ حيث تجب جميع الدية على المقر؛ لأنه لم يوجد التصديق من الولي والقضاء بالدية على العاقلة، وقد وجد ههنا، فافترقا؛ كذا في «الزيلعي» و«الهداية».

(ولا)؛ أي: لا تعقل العاقلة (أقل من نصف عشر الدية)؛ أي: أقل من أرش الموضحة فصاعداً؛ لما روينا.

(بل ذلك)؛ أي: بل يجب [٧٨٦/ب] موجب الجناية في هذه الصور كلها (على الجاني) لا على العاقلة.

(ولا تدخل النساء، و)لا (الصبيان في العقل)؛ لقول عمر: «لا يعقل مع العواقل صبي، ولا امرأة»، ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة؛ لتركهم مراقبته، والناس لا يتناصرون بالنساء والصبيان.

(ولا يعقل مسلم عن كافر، و)لا (بالعكس)؛ لعدم التناصر بين كل كافر ومسلم.

(ويعقل الكافر عن الكافر وإن) وصلية (اختلفا ملة)؛ لأن الكفر كله ملة واحدة (إن لم تكن العداوة بين الملتين ظاهرة؛ كاليهود مع النصارى)؛ لأن عند عدم ظهور العداوة بينهما: يتحقق التناصر، بخلاف ما إذا ظهرت العداوة بينهما؛ فإنه حينئذ ينقطع التناصر بينهم.

(وإن لم يكن للذمي عاقلة.. فالدية في ماله في ثلاث سنين) من يوم قضي عليه بها؛ لأن الوجوب بعد القضاء؛ كما في حق المسلم.

وَالْمُسلمُ: يعقلُ عَنهُ بَيتُ المَالِ.

وَقيل: كالذِّمِّيِّ.

وَإِن جنى حرٌّ على عبدٍ خطأً.. فعلى الْعَاقِلَةِ.

(والمسلم يعقل عنه بيت المال) إن لم يكن له عاقلة؛ لأن بيت المال لمصالح المسلمين.

(وقيل: كالذمي)؛ أي: في ماله.

(وإن جنى حر على عبد خطأً.. فعلى العاقلة)؛ أي: جنى عليه بالقتل؛ لأن العاقلة لا تتحمل أطراف العبد.

وقال الشافعي: لا تتحمل النفس أيضاً، بل يجب في مال القاتل؛ لأنه بذل المال، وقد ورد في الحديث: «لا تعقل العاقلة عمداً، ولا عبداً».

قلنا: إنه آدمي، فتحمله العاقلة كالحر، بخلاف ما دون النفس؛ لأنه يسلك به مسلك الأموال، والمراد بالحديث: جناية العبد على الحر؛ بطريق إضافة المصدر إلى الفاعل ولا جناية الحر على العبد.

* * *

(كتاب الوصايا)

(كتابُ الْوَصَايَا)

الْوَصِيَّةُ: تمْلِيكٌ مُضَافٌ إِلَى مَا بعدَ الْمَوْتِ.

(كِتَابُ الوَصَايَا)

إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب؛ لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا: الموت، والوصية معاملة وقت الموت، وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات؛ لأن الجناية قد تفضي إلى الموت الذي وقته وقت الوصية.

والوصية: اسم بمعنى المصدر؛ سمي به الموصى به.

والإيصاء لغة: طلب شيء من غيره [ليفعله][1] في غيبته حال حياته وبعد وفاته.

وشرعاً: يستعمل تارة باللام؛ يقال: أوصى فلان لفلان بكذا، بمعنى: ملكه بعد موته.

ويستعمل أخرى بإلى؛ يقال: أوصى فلاناً إلى فلان بكذا، بمعنى: جعله وصياً له يتصرف في ماله وأطفاله بعد موته.

والمصنف عقد لكل من الوصية باباً، وقسم الأول على ستة أبواب، والثاني على بابين كما ترى قال: (الوصية) شرعاً: (تمليك مضاف إلى ما بعد الموت)، لا بطريق [٧٨٧/أ] اللزوم، بل بطريق التبرع، حتى جاز رجوعه.

وركنها: أن يقول: أوصيت بكذا لفلان، وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة في الوصية.

وشرائطها:

كون الموصي أهلاً للتبرع.

ولا يكون مديوناً.

وكون الموصى له حياً وقت الوصية وإن لم يولد، وأجنبياً عن الميراث.

---

(١) في المخطوط: (ليقطمه)، والمثبت من «الدرر» (٢/٤٢٦).

وَهِيَ مُسْتَحبَّةٌ بِمَا دونَ الثُّلُثِ إِن كَانَ الْوَرَثَةُ أَغْنِيَاءَ، أَو يَستغنونَ بأَنصبائِهم.

وَإِلَّا.. فَتَركُهَا: أحبُّ.

وَلَا تصحُّ بِمَا زَادَ على الثُّلُثِ،...

وأن لا يكون قاتلاً.

وكون الموصى به بعد موت الموصي شيئاً قابلاً للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي؛ سواء كان موجوداً في الحال أو معدوماً.

وأن يكون مقدار الثلث، حتى لا يجوز الزائد عليه إلا بإجازة الورثة.

(وهي)؛ أي: الوصية، شروع في بيان صفتها: (**مستحبة**)، هذا إذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى، وإلا.. فهي واجبة؛ كالزكاة والصيام والحج والصلاة التي فرط فيها.

(**بما دون الثلث إن كان الورثة أغنياء، أو يستغنون بأنصبائهم**)؛ لأنه حينئذ تردد بين الصدقة على الأجنبي والهبة للقريب، والأول أولى؛ لأنه يبتغي بها وجه الله تعالى.

(**وإلا**) أي: وإن لم تكن الورثة أغنياء ولا مستغنين بأنصبائهم، أو لم يكن أحدهما (.. **فتركها أحب**)؛ لأنه حينئذ ترك الوصية صدقة على القريب بقدر الوصية، والوصية للأجنبي: تصدق عليه، فالأول أولى؛ لقوله ﷺ: «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح».

(**ولا تصح**) شروع في بيان شرائطها: (**بما زاد على الثلث**)؛ لأن حق الورثة تعلق بماله؛ لانعقاد سبب الزوال إليهم، وهو استغناؤه عن المال، إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث؛ ليتدارك تقصيره، وأظهره في حق الورثة؛ لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم؛ تحرزاً عما يتفق لهم من التأذي بالإيثار.

قالوا: ومن الحيف في الوصية: الزيادة على الثلث، والوصية للورثة.

وَلَا لقاتلِهِ مُبَاشَرَةً، وَلَا لوَارِثِهِ..

بخلاف ما إذا لم يكن له وارث؛ فإنه تصح وصيته بكل ماله؛ لعدم المانع، وهو: تعلق حق الورثة، حتى لو قال لرجل: هذا وارثي، أو قال: ورَّاثي ومات مصراً على إقراره.. أخذ الرجل جميع التركة بحكم الوصية؛ لأن هذا اللفظ وصية، ولم يكن له وارث معروف، فتعمل الوصية عملها.

(ولا لقاتله مباشرة)؛ لقوله ﷺ: «لا وصية لقاتل»، وهو بإطلاقه يتناول القاتل مباشرة؛ عمداً أو خطأ، ولذا أطلقه ولم يقيد بالعمد.

بخلاف التسبيب؛ لأن التسبيب ليس بقتل حقيقة.. فلا يتناوله، ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى، فتحرم الوصية كالميراث، [٧٨٧/ب] سواء أوصى قبل القتل ثم قتله، أو أوصى له بعد الجرح؛ لإطلاق ما روينا.

فإن قيل: المقتول ميت بأجله، فكيف يصح أن يقال: استعجل ما أخره الله تعالى؟

قلنا: هذه مسألة كلامية، بسطنا الجواب عنها في شرحنا على ما رتبناه في الكلام.

ولا بد أن يستثنى الصبي والمجنون؛ لأن القاتل إذا كان صبياً أو مجنوناً.. تصح الوصية وإن لم تجز الورثة؛ كما في «قاضي خان».

وكذا: تجوز الوصية لقاتله، وليس له وارث غير قاتله.

وكذا: تجوز الوصية لأصول قاتله وفروعه.

وهل يصح عفو المجروح قاتله عن دم العمد والخطأ؟

ففي «الخلاصة» و«البزازية»: أنه يجوز، لكن يعتبر عفوه عن دم العمد من كل المال؛ لأنه ليس بمال، وعفوه عن دم الخطأ يعتبر من ثلث التركة؛ لأنه مال؛ لأنه عفو عن الدية، وقد تقدم في الجناية.

(ولا لوارثه)؛ لقوله ﷺ: «إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه؛ فلا وصية

لوارث»، ولأن البعض يتأذى بإيثار البعض، ففي تجويزه: قطعية الرحم، والمعتبر: وقت الموت لا وقت الوصية؛ لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فيعتبر وقت التمليك.

حتى لو أوصى لأخيه وهو وارث، ثم ولد له ابن.. صحت الوصية للأخ؛ لأنه ليس بوارث وقت الموت.

بخلاف عكسه؛ بأن أوصى لأخيه وله ابن، ثم مات الابن قبل موت الموصي.. بطلت الوصية للأخ؛ لأنه وارث وقت الموت، ولهذا قال في «قاضي خان»: ولو أوصى لإخوته الثلاثة المتفرقين، وله ابن.. جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثاً؛ لأنهم لا يرثون مع الابن؛ فإن كانت له بنت مكان الابن.. جازت الوصية للأخ لأب وللأخ لأم، وبطلت للأخ لأب وأم؛ لأنه يرث مع البنت.

وإن لم يكن له ابن ولا بنت.. كانت الوصية كلها للأخ لأب؛ لأنه لا يرثه، وبطلت للأخ لأب وأم وللأخ لأم؛ لأنهما يرثانه.

والهبة والصدقة من المريض لوارثه في هذا: نظير الوصية؛ لأنهما وصيتان حكماً، حتى كانا معتبرين من الثلث.

بخلاف إقرار المريض لوارثه؛ فإنه على عكس الوصية في هذا؛ حيث يعتبر كونه وارثاً أو غير وارث عند الإقرار؛ لأنه تصرف في الحال، فيعتبر حاله في ذلك الوقت، حتى لو أقر لشخص وهو ليس بوارث.. جاز الإقرار له وإن صار وارثاً بعد ذلك، ولكن شرطه: أن يكون وارثاً بسبب حادث بعد الإقرار وهو الحرية، وأما إذا كان وارثاً [٧٨٨/أ] بسبب كان وقت الإقرار.. فيعتبر كونه وارثاً وقت الموت أيضاً؛ كذا في «العناية».

ثم بين ذلك نقلاً عن «النهاية» في مريض أقر بدين لابنه العبد، فأعتق الابن، فمات الأب.. صح الإقرار؛ لأن وراثة الابن تثبت بسبب حادث بعد الإقرار، وهو:

إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ.

الحرية، وقبله كان عبداً.. فلا يكون وارثاً لأبيه، فهذا الإقرار في المعنى: حصل للمولى وهو أجنبي، فلا يبطل بصيرورة الابن وارثاً بسبب حادث بعد الإقرار.

(إلا بإجازة الورثة) راجع إلى كله من الثلاثة المذكورة.

وهل يشترط علم المجيز بالوصية في صحة الإجازة؟

قالوا: نعم؛ ففي «قاضي خان»: رجل أوصى بوصايا، فبلغ ورثته أن أباهم أوصى بوصايا، ولا يعلمون ما أوصى به، فقالوا: قد أجزنا ما أوصى به.. ذكر في «المنتقى»: أنه لا تصح إجازتهم، وإنما تصح إجازتهم إذا أجازوا بعد العلم. انتهى.

ويشترط: أن يكون المجيز من أهل التبرع؛ بأن يكون عاقلاً بالغاً.

وإن أجاز البعض دون البعض.. يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره؛ لولايته على نفسه لا على غيره.

وهل تعتبر إجازته في حال حياة الموصي؟

قالوا: لا تعتبر إجازتهم في حال حياته؛ لأنها وقعت قبل ثبوت الحق لهم؛ إذ الحق إنما يثبت لهم بالموت، فكان لهم أن يرجعوا عن الإجازة بعد موت الموصي، وترد تلك الإجازة؛ لأنها وقعت ساقطة؛ لعدم مصادفتها المحل، وكل ساقط في نفسه: مضمحل متلاش، فكان لهم أن يردوه بعد موت المورث.

فإن قيل: كيف تكون الإجازة ساقطة مع ثبوت حق الورثة في ماله من أول ما مرض؛ بدليل: منعه من التصرف به لحقهم، لكن ذلك الثبوت على سبيل التوقف؛ فإذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتاً من أول المرض، وأن الإجازة صادفت محلها لاستناد حقهم إلى أول المرض.. فصار كإجازتهم بعد موته؟

أجيب: بأن الاستناد إنما يظهر في حق القائم؛ فإجازتهم حين وقعت في حياته.. وقعت باطلة، وما وقع باطلاً: لا يكون قائماً بنفسه، فلا يظهر في حقه الاستناد.

وبأن حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت، وقبله يثبت لهم مجرد الحق؛ فلو استند من كل وجه.. لانقلب الحق حقيقة قبل موته، وهذا لا يتصور؛ لوجود المانع [٧٨٨/ب] - وهو: ملك المورث حقيقة - فإذا لم يتصور.. بقي حقاً على حاله لا حقيقة، والرضاء ببطلان ذلك الحق لا يصير رضاء ببطلان حقيقة الملك الذي يحدث لهم بعد موته.

بخلاف ما إذا أجازوها بعد موته؛ فإنه لا يكون لهم أن يرجعوا عنها؛ لأنها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة.. فتلزم.

ثم إذا وقعت الإجازة بعد موت الموصي.. فهل يتملك المجاز له من قبل الموصي أو من قبل المجيز؟

فيه اختلاف:

فقال أصحابنا: إنه يتملك من قبل الموصي، حتى يجبر الوارث على التسليم، ولو أعتق عبداً في مرضه، ولا مال له غيره، وأجازت الورثة العتق.. كان الولاء كله له.

ولو كان الوارث متزوجاً بجارية الميت، ولا مال له غيرها، فأوصى بها لغيره، فأجاز الوارث - وهو الزوج - الوصية.. لا يبطل نكاحه.

وقال الشافعي: إنه يتملك من قبل المجيز، حتى لا يجبر على التسليم، ويكون له ثلث الولاء في مسألة العتق، ويبطل نكاحه؛ لأن الميت لا حق له إلا في الثلث، ولهذا لا تنفذ وصيته فيما زاد على الثلث، ويبطلها الوارث، فيكون الزائد على الثلث ملكاً للوارث حقيقة؛ فإذا أجاز.. صار ملكاً له من جهته ضرورة، وتمامه في «الزيلعي».

وكذا: تصح الوصية بالنصف للأجنبي؛ كما إذا ماتت المرأة وتركت [زوجاً][١]،

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «قاضي خان» (٣/٣٠٨).

وَتَصِحُّ بِالثُّلثِ وَإِن لم يجيزوا.

وَتَصِحُّ مِنَ الْمُسلمِ للذِّمِّيِّ، وَبِالْعَكْسِ.

وَتَصِحُّ للْحَمْلِ وَبِهِ إِن كَانَ بَينهَا وَبَينَ وِلَادَتِهِ أَقلُّ مِن سِتَّةِ أَشهرٍ.

وقد أوصت بنصف مالها للأجنبي.. كان للأجنبي نصف مالها، وللزوج ثلث مالها، والسدس لبيت المال؛ لأن الأجنبي يأخذ ثلث المال أولاً بلا منازعة، يبقى ثلثا المال، فيأخذ الأجنبي تمام وصيته وهو السدس، فيبقى السدس لبيت المال؛ كذا في «قاضي خان».

(وتصح) الوصية (بالثلث) للأجنبي (وإن) وصلية (لم يجيزوا)؛ أي: الورثة؛ ليتدارك به تقصيره.

(وتصح) الوصية (من المسلم للذمي)؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ﴾ الآية.

(وبالعكس)؛ أي: من الذمي للمسلم؛ لأنهم بعقد الذمة التحقوا بالمسلمين في المعاملات، ولهذا جاز التبرع المنجز في حالة الحياة من الجانبين، وكذا المضاف إلى ما بعد الموت.

قال في «الجامع الصغير»: الوصية لأهل الحرب باطلة؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ﴾ الآية، ويخالفه ما ذكر في «النهاية» نقلاً عن «السير الكبير»: أن الوصية لأهل الحرب جائزة، ووفق بينهما: بأنه لا ينبغي أن يفعل [٧٨٩/أ]، وإن فعل.. ثبت الملك لهم؛ لأنهم من أهل الملك.

وأما المستأمن.. فكالذمي في جواز الوصية؛ لأن له أن يملك المال بالمال في حياته، فكذا مضافاً إلى ما بعد وفاته؛ كذا ذكره في «الزيلعي» و«العناية».

(وتصح) الوصية (للحمل، وبه)؛ أي: بالحمل (إن كان بينها)؛ أي: بين الوصية (وبين ولادته أقل من ستة أشهر).

صورة الأول: مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة.

وصورة الثاني: كما إذا أوصى بما في بطن جاريته لفلان، ولم يكن من المولى.

لكن إذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له أو به.

واختلفوا في طريق معرفة ذلك:

واختار الطحاوي وصاحب «الهداية» والإسبيجابي وصاحب «الكنز» والمصنف: بأن جاءت بالحمل لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية إلى وقت الولادة.

واختار الفقيه أبو الليث وصاحب «النهاية»: من وقت موت الموصي؛ فإنه ذكر أنه تجوز الوصية للحمل وبه إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي.

وقيل: إن أوصى له.. يعتبر من وقت الوصية، وإن أوصى به.. يعتبر من وقت موت الموصي.

• أما وجه الأول: وهو الوصية للحمل.. فلأنها استخلاف من وجه؛ لأنه يجعله خليفة في بعض ماله بعد موته، والجنين يصلح خليفة له في الإرث، فكذا في الوصية؛ إذ هي أخته، غير أنها ترتد بالرد؛ لما فيها من معنى التمليك دون الميراث؛ إذ لا تمليك فيه.

فإن قيل: الوصية شرطها القبول، والجنين ليس من أهل القبول، فكيف يصح؟

أجيب عنه: بأن الوصية شبه الهبة والميراث؛ فلشبهها بالهبة: يشترط القبول كما في الهبة إذا أمكن، ولشبهها بالميراث: تسقط إذا لم يمكن؛ عملاً بالشبهين، ولهذا تسقط بموت الموصى له قبل القبول.

• وأما وجه الثاني: وهو الوصية بالحمل.. فلأن الحمل بوصية الوجود؛ إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية لا محالة، فتجري فيه الوصية كما يجري فيه الإرث.

وهل تصح الوصية لمملوكه؟

وَلَا تصحُّ الْهِبَةُ لَهُ.

وَإِن أَوصى بِأَمةٍ دونَهُ.. صحَّتِ الْوَصِيَّةُ وَالِاسْتِثْنَاء.

ففي «الدرر»: أنها صحت لمملوكه بثلث ماله.

وفي «الخلاصة»: الوصية للعبد بعين من أعيان ماله.. لا تصح؛ أما لو أوصى بثلث ماله مطلقاً.. تصح، وتكون وصية بالعتق إن خرج من الثلث قيمة العبد كله بغير سعاية، وإن خرج بعضه.. عتق وسعى في بقية [٧٨٩/ب] قيمته.

ولو أوصى له بشيء من الدراهم أو الدنانير المرسلة.. قال الإمام النسفي: الأصح: أنه لا يصح؛ كالوصية بالعين.

وفي «المنية»: ولو أوصى لعبده القن، أو لأمته القنة.. جازت الوصية.

وهذا يخالف لما في «الخلاصة»؛ فإما أن يقيد هذا بما سوى العين، أو يطلق ويحمل على غير الأصح.

وفي «قاضي خان»: ولو أوصى لمكاتب نفسه، أو لأم ولد نفسه، أو لمدبر نفسه.. جاز الكل استحساناً.

ولو أوصى لعبده القن، أو لأمته القنة، ثم مات.. جازت الوصية في قولهم، إلا عند أبي حنيفة في الوصية للقن: يعتق ثلثه مجاناً، ويجب عليه ثلثا قيمته، وله ثلث ماله من سائر التركة، فيتقاصان ويترادان الفضل.

وعند صاحبيه: يعتق العبد كله، وتصرف الوصية إلى العتق؛ فإن فضل من الثلث شيء.. كان الفضل للعبد. انتهى.

(ولا تصح الهبة له)؛ أي: للحمل؛ لأن من شرط الهبة: القبول والقبض، ولا يتصور ذلك من الجنين.

(وإن أوصى بأمة دونه)؛ أي: دون حملها؛ بأن قال: أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها (.. صحت الوصية والاستثناء)؛ لأن الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظاً؛ لأنه ليس بموضوع له، ولا هو داخل في الموضوع له، وما لا يتناوله اسم الجارية:

وَلَا بُدَّ فِي الْوَصِيَّةِ مِنَ الْقَبُولِ، ....

صح استثناؤه من الجارية؛ كقميصها وسراويلها مما تتلبس بها، بخلاف اليد والرجل؛ فإن اسم الجارية يتناولهما.. فلا يصح استثناؤهما.

فإن قيل: لا نسلم أن اسم الجارية لا يتناول الحمل، كيف ولو لم يستثن.. استحقه الموصى له، ولو لم يتناوله.. لما استحقه كغيره من أمواله؟

أجيب: بأنه إنما يستحقه عند عدم الاستثناء تبعاً لا تناولاً.

فإن قيل: كيف صح الاستثناء، وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ؟

أجيب: بأن صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية، لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه؛ كما لو قال: أوصيت لفلان ألف درهم إلا فرساً؛ فإن الوصية في الألف صحيحة، والاستثناء أيضاً صحيح في تقرير ملكه في الفرس، لا باعتبار خروجه من المستثنى منه؛ فإنه لم يكن داخلاً فيه.

(ولا بد في الوصية من القبول)، وذلك بالصريح أو بالدلالة، وذلك بأن يموت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي، فيكون موته قبولاً لوصيته، ويكون ذلك ميراثاً لورثته؛ كما سيأتي.

وهكذا في «الخلاصة»، قال زفر والشافعي [٧٩٠/أ]: لا يشترط فيها القبول، بل الموصى له يملكه بدون القبول؛ لأنها خلافة.. فلا يحتاج فيها إلى القبول كالميراث.

ولنا: أن الوصية إثبات ملك جديد، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب، ولا يرد به عليه، ولا يملك أحد إثبات الملك بدون اختياره.

بخلاف الميراث؛ لأنها خلافة، حتى تثبت هذه الأحكام، فتثبت جبراً من الشارع من غير قبول؛ لولايته عليه، ولأنه لو ثبت الملك له بدون القبول منه.. لتضرر به؛ بأن يوصى له بعبد أعمى، أو بدنان مكسرة في داره.. فإنه يجب عليه نفقة العبد، ونقل المكسر إلى داره تفريقاً لملك الغير عن ملكه.

وَيعْتَبَرُ بعدَ موتِ الْمُوصي.

وَلَا اعْتِبَارَ بِالرَّدِّ وَالْقَبُولِ فِي حَيَاتِهِ، وَبِه يملك، لَا بُدَّ فِي الْوَصِيَّةِ مِنَ الْقَبُولِ،..

(ويعتبر)؛ أي: قبول الموصى له (بعد موت الموصي، ولا اعتبار بالرد والقبول في حياته)؛ لأن أوان ثبوت حكمها: بعد الموت، فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله؛ كما لا يعتبر إن قبل عقد الوصية، فصار كما إذا قال لامرأته: أنت طالق على ألف درهم غداً؛ فإن ردها وقبولها: باطل قبل مجيء الغد.

واعلم: أن القبول ليس بشرط لصحة الوصية على ما هو الظاهر من كلام المصنف سابقاً، بل هو شرط لثبوت الملك للموصى له، على ما صرح به في «العناية».

ويشعر كلام المصنف فيما بعد: «فلا يملك الموصى له قبل القبول وإن صحت الوصية» بملكه بعد القبول من غير حاجة إلى القبض؛ لأن الوصية تشبه الميراث من حيث إنها تملك بالموت، وتشبه الهبة من حيث إنها تملك بتمليك الغير تبرعاً، فاعتبرنا:

شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكناً من الموصى له، فقلنا: لا يملك قبل القبول.

واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول، فقلنا: إنه يملكها بعد القبول من غير قبض؛ عملاً بالشبهين بقدر الإمكان.

(وبه)؛ أي: بالقبول (يملك)؛ أي: الموصى له الوصية.

وهل يملكها من وقت قبوله، أو من وقت موت الموصي؟ ففي «الأشباه»: أنه يملكه مستنداً إلى وقت موت الموصي، مستدلاً بمسألة نقلها عن «الولوالجية»، وهي: رجل أوصى بعبد لإنسان، والموصى له غائب.. فنفقته في مال الموصي؛ فإن

إِلَّا أَن يَمُوتَ الْمُوصى لَهُ بعدَ موتِ الْمُوصي قبلَ الْقَبُولِ؛ فَإِنَّهُ يملِكُهَا، وَتصيرُ لوَرثَته ولا تصحُّ مِن صبيٍّ...

حضر الغائب؛ إن قبل.. رجع الموصى عليه بالنفقة إن فعل ذلك بأمر القاضي، وإن لم يقبل.. فهو ملك الورثة. انتهى.

(إلا أن يموت الموصى له بعد موت الموصي) [٧٩٠/ب] (قبل القبول)، استثناء من مفهوم قوله: «وبه يملك»؛ أي: لا يملك بدون القبول، إلا أن يموت الموصى له بعد موت الموصي قبل القبول.

(فإنه يملكها) بدون القبول في الاستحسان.

والقياس: أن لا يملكه؛ لما ذكرناه: أن أحداً لا يقدر على إثبات الملك لأحد بدون اختياره وقبوله؛ لئلا يعود على موضوعه بالنقض؛ لأن إثبات الملك للغير لمنفعة الغير، ولو أثبتنا الملك له بدون اختياره.. لربما يتضرر به؛ فإنه لو أوصى له بعبد أعمى.. وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود إليه.

وجه الاستحسان: أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته، فلا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما يتوقف لحق الموصى له؛ فإذا مات.. دخل في ملكه؛ كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري أو البائع، ثم مات من له الخيار قبل الإجازة.

وكذا: إذا أوصى للجنين يدخل في ملكه من غير قبول منه استحساناً؛ لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه ما له.

فإن قيل: بعد موت الموصى له قبل القبول، فلمن تصير الوصية؟

فأجاب عنه بقوله: (وتصير لورثته)؛ أي: لورثة الموصى له، ردوها أو قبولها على ما في «العناية»؛ لأنهم خليفته.

(ولا تصح)؛ أي: الوصية (من صبي)، ولو مميزاً.

وكذا: لا تصح من مثله ممن كان في أهليته خلل؛ كالمجنون؛ كذا في «القهستاني».

ولا مكاتَب وإن تركَ وفاءً.

قلت: وكذا: المعتوه؛ لأن في أهليته خللاً أيضاً.

وقال الشافعي: تصح وصية الصبي إذا كان في وجوه الخير؛ لأن عمر أجاز وصية يافعٍ، وهو الذي راهق الحلم، ولأن في تنفيذ وصيته نظراً له بإبقاء ماله لنفسه بتحصيل القرب له، ولو لم ينفذ.. كان ماله لغيره، وهو الوارث، ولا نظر له فيه.

ولنا: أن الوصية تبرع، فلا تصح من الصبي؛ لأنه ليس بأهل له؛ كالصدقة والهبة، وهذا: لأن اعتبار عقله في النفع والضرر باعتبار أوضاع التصرفات، لا باعتبار ما يتفق بحكم الحال، ألا ترى: أن طلاقه لا يقع وإن تضمن نفعاً في بعض الأحوال، ولأن قوله غير ملزم، وتصحيح وصيته يؤدي إلى أن قوله ملزم، وما رواه من أثر عمر: محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم، فسمي يافعاً مجازاً؛ تسمية للشيء باسم ما كان عليه، أو كانت وصيته في تجهيزه وتكفينه [٧٩١/أ]، وذلك جائز عندنا.

أطلقه، فشمل: ما إذا أوصى الصبي، ثم مات بعد الإدراك؛ فإنه لا تجوز تلك الوصية أيضاً؛ لعدم الأهلية وقت المباشرة، وكذا: لا تصح إذا قال: إذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية؛ لأنه ليس بأهل لقول ملزم، فلا يملكه تنجيزاً ولا تعليقاً؛ كما في الطلاق والعتاق.

بخلاف العبد والمكاتب؛ فإنها تصح منهما تعليقاً على ما سيأتي.

(ولا) من (مكاتب وإن) وصلية (ترك) المكاتب (وفاءً)؛ لأنه ليس من أهل التبرع، بخلاف الوصية للمكاتب؛ فإنها على ما سنذكره.

واعلم: أن وصية للمكاتب على ثلاثة أقسام:

- قسم باطل بالإجماع، وهو: الوصية بعين من أعيان ماله؛ لأنه لا ملك له حقيقة؛ كمن أوصى بعتق عبد غيره، ثم ملكه، ولو أجازها بعد العتق.. جازت وصيته؛ بناء على أن الإجازة إنشاء للوصية؛ لأن الوصية تصح بلفظ الإجازة.

بخلاف ما إذا أعتق عبده، ثم أجاز العتق بعد الحرية؛ حيث لا يجوز؛ لأن العتق لا يجوز بلفظ الإجازة.

• وقسم يجوز بالإجماع، وهو: ما إذا أضاف الوصية إلى ما يملكه بعد العتق؛ بأن قال: إذا أُعتقت.. فثلث مالي وصية لفلان، أو قال: أوصيت بثلث مالي له.. فإنها صحيحة.

حتى لو عتق قبل الموت بأداء بدل الكتابة أو غيره، ثم مات.. كان للموصى له: ثلث المال.

وإن لم يعتق حتى مات عن وفاء.. بطلت الوصية؛ لأن الملك حقيقة لم يوجد؛ إذ لم تثبت الحرية له في حياته مطلقاً، وإنما ثبتت بطريق الضرورة في حق نفاذ الوصية.

• وقسم مختلف فيه، وهو: ما إذا قال: أوصيت بثلث مالي لفلان.. فالوصية باطلة عند أبي حنيفة.

وعندهما: جائزة.

وهذا: لأن للمكاتب ملكاً حقيقياً، وهو: ما بعد العتق، ومجازياً، وهو: ما قبل العتق.

فعند أبي حنيفة: ينصرف إلى المجازي؛ لأنه هو الظاهر؛ لأنه بقاء ما كان على ما كان، والآخر ليس موجوداً، والظاهر: بقاؤه على العدم، فلا ينصرف إليه اللفظ.

وعندهما: ينصرف إلى الحقيقي، وهو ما يملكه بعد الجهة المطلقة، وهو القابل للوصية؛ تصحيحاً لتصرفه، أو يتناول النوعين، فيصح فيما يقبل، ولا يصح فيما لا يقبل؛ كما إذا قال الحر: كل عبد اشتريته فهو حر.. ينصرف إلى ما يشتريه لنفسه ولغيره، فيعتق ما يشتريه [٧٩١/ب] لنفسه ولا يعتق الآخر، وتنحل به اليمين، حتى إذا اشتراه بعد ذلك.. لا يعتق، هكذا ذكره في «الزيلعي» نقلاً عن «شرح الزيادات».

ثم قال: ينبغي أن تكون هذه المسألة مثل مسألة اليمين المذكورة في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من أيمان «الجامع الكبير»، وهو: ما إذا قال أحدهما: إذا أعتقت فكل مملوك أملكه فهو حر.. يصح العتق إذا ملك عبداً بعد العتق.

ولو قال: كل مملوك أملكه، فهو حر فأعتق، ثم ملك عبداً.. لا يعتق؛ لأن قوله: «أملكه» يتناول الحال، وهو غير قابل للعتق.

ولو قال: كل مملوك أملكه فيما يستقبل فهو حر.. يعتق عندهما ما يملكه بعد العتق؛ لأنه ينصرف إلى ملك قابل له، وهو ما يملكه بعد الحرية.

ولا يعتق عند أبي حنيفة؛ لأنه ينصرف إلى الملك الظاهر، وهو ما قبل العتق؛ كما إذا قال للمنكوحة نكاحاً فاسداً: إن طلقتك فعبدي حر.. ينصرف إلى الطلاق في هذا النكاح؛ لأنه هو الظاهر. انتهى.

وكذا: لا تجوز وصية العبد والمدبر وأم الولد.

وكذا: معتق البعض عند أبي حنيفة؛ لأنه بمنزلة المكاتب عنده.

والمجنون بمنزلة الصبي؛ كذا في «قاضي خان».

وهل تجوز الوصية من معتقل اللسان والأخرس؟

فقد قال في آخر وصية «البزازية»: - ومعتقل اللسان لا تجوز إشارته، ولا تعتبر كتابته، بخلاف الأخرس؛ فإنه تعتبر إشارته.

وعن الثاني: أنه تقوم مقام عبارته.

وذكر محمد رواية عن الإمام: أنه إن دامت العقلة إلى الموت.. يجوز إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه أنه عجز عن النطق بوجه لا يرجى زواله، فكان كالأخرس، وعليه الفتوى.

وَالْوَصِيَّة مؤخَّرةٌ عَنِ الدَّينِ.. فَلَا تصحُّ مِمَّن يُحِيطُ دَينُهُ بِمَالِهِ، إِلَّا أَنْ يُبرِئَهُ الْغُرَمَاءُ.

وللموصي أَن يرجعَ فِي وَصيَّتِهِ...

فإن صحت يوماً فكتب أو أشار بشيء.. لا يعتبر؛ لأنه ناطق بحاله، وإن صمت بعارض.. فهو كالمريض المعتقل لسانه؛ كذا في «المحبوبي».

وهكذا ذكره في «الدرر»، وزاد فيه الاختلاف في مدة العقلة، وقال: إنها قدرت بسنة، وقيل: إلى الموت.

(والوصية مؤخرة عن الدين)؛ لأنه أهم الحاجتين؛ فإنه فرض، والوصية بغير الواجب تبرع، وبالواجب وإن كان فرضاً، لكن حق العبد وحق الشرع من الصلاة وغيرها يسقط بالموت، فيكون الوصية به كالتبرع.

(فلا تصح ممن يحيط دينه بماله، إلا أن يبرئه الغرماء).. فحينئذٍ تصح الوصية؛ لزوال المانع، وهو: حق الغرماء.

(وللموصي) [٧٩٢/أ] (أن يرجع في وصيته)، بخلاف العتق؛ فإنه لا يصح رجوعه عن إعتاقه.

اعلم: أن الرجوع في الوصية على أربعة أوجه:

- منها: ما يكون رجوعاً بالقول والفعل جميعاً؛ نحو: أن يوصي لرجل بشيء من أعيان ماله، ثم قال: رجعت.. كان رجوعاً.

وكذا: لو أخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه.. بطلت الوصية، حتى لو عاد إلى ملكه بعد ذلك لا تعود الوصية.

- ومنها: ما يكون رجوعاً بالقول لا بالفعل؛ نحو: أن يوصي بثلث ماله، ثم قال: رجعت.. صح رجوعه، ولا يكون رجوعاً بغير ذلك.

- ومنها: ما يكون بالفعل لا بالقول؛ نحو: أن يقول لعبده: إن مت من مرضي هذا فأنت حر.. فهو مدبر مقيد، ثم لو قال: رجعت عنه.. لا يصح الرجوع.

قولاً، أَو فعلاً بقطعِ حقِّ الْمَالِكِ فِي الْغَصْبِ، أَو يزِيلُ ملكَهُ، كَالْبيعِ وَالْهِبَةِ وَإِنِ اشْتَرَاهُ أَو رَجَعَ بعدَ ذَلِك.

أَو يُوجبُ فِي الْمُوصى بِهِ زِيَادَةً لَا يُمكنُ التَّسْلِيمُ إِلَّا بهَا؛ كلتِّ السَّويقِ، وَالْبناءِ فِي الدَّارِ، والحشوِ بالقطنِ.

وَقطعُ الثَّوْبِ،..

ولو باع العبد.. جاز بيعه، ويكون رجوعاً عن الوصية.

● ومنها: ما لا يكون رجوعاً لا بالفعل، ولا بالقول؛ نحو: أن يدبر عبده تدبيراً مطلقاً لا يمكنه أن يرجع عنه؛ لا فعلاً ولا قولاً؛ كذا في «قاضي خان»، وإليه أشار المصنف بقوله: (قولاً) نحو: رجعت عما أوصيت، أو عن وصيتي؛ لأنه تبرع لم يتم بعد، فصار كالهبة، فصح الرجوع عنها.

(أو فعلاً بقطع حق المالك في الغصب)؛ كقطع الثوب وخياطته؛ يعني: لو فعل الموصي في الموصى فعلاً إن فعله الغاصب في المغصوب يقطع حق المالك عنه؛ كقطع الثوب وخياطته.. كان رجوعاً عن الوصية.

(أو يزيل) ذلك الفعل (ملكه)؛ أي: يزيل الموصى به عن ملكه؛ (كالبيع والهبة) والعتق والتدبير والكتابة (وإن) وصلية (اشتراه)؛ أي: وإن اشترى الموصى به بعد إخراجه عن ملكه بهذه التصرفات.

(أو رجع بعد ذلك)؛ أي: بعد الهبة؛ فإن الوصية لا تجوز بعود الموصى به إلى ملكه بعد إخراجه عن ملكه بهذه التصرفات.

(أو يوجب) ذلك الفعل (في الموصى به زيادة لا يمكن التسليم) إلى الموصى له (إلا بها)؛ أي: بتلك الزيادة (كلت السويق) بسمن، (والبناء في الدار)؛ بأن أوصى بدار ثم بنى فيها، (والحشو بالقطن)؛ بأن أوصى بالقطن فحشى به.

وكذا: لو أوصى ببطانة فبطن بها، أو بظهارة فظهر بها؛ كذا في «الزيلعي».

(وقطع الثوب)؛ بأن أوصى بثوب، ثم قطعه أو خاطه.

وَذبحُ الشَّاةِ: رُجُوعٌ.

لَا غسلُ الثَّوْبِ وتجصيصُ الدَّارِ أو هدمُها.

والجحودُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ عِنْدَ محمَّدٍ، خلافاً لأبي يُوسُفَ.

وكذا: لو أوصى بقطن ثم غزله، أو بغزل ثم نسجه؛ لأنه ينقطع به حق المالك إذا وجد ذلك من الغاصب، فتبطل به الوصية (**وذبح الشاة رجوع، لا غسل الثوب**) الموصى به [٧٩٢/ب].

(**وتجصيص الدار**) الموصى بها، (**أو هدمها**)؛ لأنه تصرف في التبع.

ومن أراد أن يعطي ثوبه غيره: يغسله عادة، فكان تقريراً للوصية معنى.. فلا تبطل به.

(**والجحود ليس برجوع عند محمد، خلافاً لأبي يوسف**).

اعلم: أن محمداً ذكر في «الجامع الكبير»: أن جحود الوصية ليس برجوع.

وذكر في «المبسوط»: أنه رجوع.

واختلفوا في التوفيق:

فمنهم: من حمل المذكور في «الجامع» على الجحود في غيبة الموصى له، وهو ليس برجوع في الروايات كلها، لأن الجحود إنما يلتفت إليه إذا صح الإنكار، والإنكار على الغائب: لا يصح.

وحمل المذكور في «المبسوط»: على الجحود بحضرة الموصى له، وهو رجوع في الروايات كلها؛ لصحة الإنكار.

ومنهم: من حمل المذكور في «الجامع»: على صورة الجحود، لا على الجحود الحقيقي.

والمذكور في «المبسوط»: على الجحود الحقيقي، وهو رجوع في الروايات كلها.

وَلَا قَوْلُهُ أَخَّرتُ الْوَصِيَّةَ، أَو: كلُّ وَصِيَّةٍ أوصيتُ بهَا لفُلَانٍ.. فَهِيَ حرَامٌ.

ومنهم: من قال: المذكور في «الجامع»: جواب القياس، والمذكور في «المبسوط»: جواب الاستحسان.

ومنهم: من قال: في المسألة روايتان، قال شيخ الإسلام: وهو الأصح.

ومنهم: من قال: المذكور في «الجامع»: قول محمد، والمذكور في «المبسوط»: قول أبي يوسف، وهو مختار المصنف.

وقال شمس الأئمة السرخسي: هو الأصح؛ لأن المعلى قال في «نوادره»:

سألت أبا يوسف عن رجل أوصى لرجل بوصية، ثم جحد؟ قال: يكون رجوعاً.

وسألت محمداً؟ قال: لا يكون رجوعاً.

وهو مختار صاحب «الهداية» أيضاً.

لأبي يوسف: أن الرجوع إثبات في الماضي نفي في الحال، [والجحود][1] نفي في الماضي والحال معاً، وإذا كان نفي الحال وحده رجوعاً.. فنفي الماضي والحال أولى أن يكون رجوعاً.

ولمحمد: أن الجحود نفي في الماضي، والرجوع: نفي في الحال فقط، فبينهما تناف، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة.

(**ولا قوله: أخرت الوصية، أو كل وصية أوصيت بها لفلان فهي حرام**)، أو: فهي ربا، وهذا: لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل، فوصف التأخير والحرمة والربوية: يقتضي بقاء أصل الوصية، فلا يكون رجوعاً.

بخلاف ما لو قال: فهي باطلة؛ فإنه رجوع عنها؛ لأن الباطل ذاهب متلاش لا أصل له.

ولو قال: تركتها.. يكون رجوعاً؛ لأن الترك إسقاط.

---

(١) نقص في المخطوط، تم استدراكه من «فتح القدير» (١٠/٤٣٨)

وَلَو قَالَ: مَا أوصيتُ بِهِ فَهُوَ لفُلَانٍ.. فرجوعٌ، إِلَّا أَن يكونَ فلَانٌ الثَّانِي مَيتاً.

وَتبطلُ هبةُ الْمَرِيضِ، ووصيَّتُهُ لأَجنبيَّةٍ نكَحَهَا بعْدهَما.

بخلاف التأخير؛ فإنه ليس بإسقاط، بل هو وصف يقتضي بقاء الموصوف، ولهذا لم يكن رجوعاً؛ كتأخير الدين؛ فإن الدائن لو قال [٧٩٣/أ]: أخرت الدين.. لا يكون إبراء.

(ولو قال: ما أوصيت به فهو)؛ أي: ذلك الشيء (لفلان) آخر (.. فرجوع)؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة وإثبات التخصيص له، فاقتضى رجوعاً عن الأول.

وكذا: لو قال: فهو لفلان وارثي.. يكون رجوعاً عن الأول؛ لما ذكرناه.

ثم الورثة بالخيار؛ إن شاؤوا.. أجازوا، وإن شاؤوا.. ردوا.

بخلاف ما إذا وصى به لرجل، ثم أوصى به لآخر.. فإنه لا يكون رجوعاً عن الأول؛ لأن اللفظ صالح للشركة، والمحل يقبلها، فيكون الموصى به مشتركاً بينهما.

(إلا أن يكون فلان الثاني ميتاً)؛ أي: وقت الوصية الأولى؛ فإنه حينئذ لا يكون رجوعاً، بل الوصية الأولى على حالها؛ لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني، ولم تتحقق للثاني، فبقيت للأول على حاله.

ولو كان فلان الثاني حين ذلك حياً، ثم مات قبل موت الموصي.. فهو للورثة؛ لبطلان الوصيتين؛ الأولى: بالرجوع، والثانية: بالموت؛ كذا في «الزيلعي».

(وتبطل هبة المريض ووصيته لأجنبية نكحها بعدهما)؛ أي: بعد الهبة والوصية؛ يعني: إذا وهب المريض لأجنبية، أو أوصى لها بوصية، ثم تزوجها، ثم مات المريض.. لم يجز كل من الهبة والوصية.

أما الوصية: فلأن المعتبر فيها: يوم الموت؛ لأنها إيجاب مضاف إلى ما بعد الموت؛ فإن كان الموصى له وارثاً يوم الموت.. لا تصح الوصية، وإن كان غير

وَكَذَا: إِقْرَارُهُ، ووصيَّتُهُ، وهبتُهُ لِابْنِهِ الْكَافِرِ أَوِ الرَّقِيقِ إِن أَسلَمَ أَو أُعتِقَ بعدَ ذَلِكَ.

وارث.. تصح، وتلك المرأة وارثة يوم الموت.. فلا تصح الوصية لها؛ لأن الوصية للوارث باطلة.

بخلاف ما لو أوصى لامرأته بثلث ماله، ثم أبانها بثلاث أو بواحدة، ثم انقضت عدتها، ثم مات الموصي.. صحت الوصية لها؛ لأنها ليست وارثة وقت الموت؛ كذا في «قاضي خان».

وأما الهبة: فهي وإن كانت منجَّزة صورة، لكنها كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً؛ لأنها وقعت موقع الوصية؛ لأنها تبرع يعتبر حكمه عند الموت.

بخلاف إقرار المريض لأجنبية نكحها بعد الإقرار؛ فإنه يجوز؛ لأن المعتبر في جواز الإقرار وفساده: كون المقر له وارثاً للحال، وغير وارث، وتلك المرأة: غير وارثة حال الإقرار، فيجوز، وهذا: لأن الإقرار تمليك للحال، فيعتبر وقت الإقرار؛ فإن كان المقر له أجنبياً وقت الإقرار.. يصح، وإن كان وارثاً وقته.. لا يصح.

(وكذا)؛ أي: يبطل (إقراره)؛ أي: المريض [٧٩٣/ب]، (ووصيته، وهبته لابنه الكافر أو الرقيق)؛ أي: لابنه الرقيق (إن أسلم) ابنه الكافر، (أو أعتق) ابنه الرقيق (بعد ذلك)؛ أي: بعد الإقرار والوصية له، والهبة منه.

أما الوصية والهبة: فلما ذكرناه، من أن المعتبر فيهما: وقت الموت، والابن ههنا وارث يوم الموت؛ لكونه مسلماً يومئذ.

وأما الإقرار: فلأنه وإن كان ملزماً بنفسه.. لكن سبب الإرث - وهو البنوة - قائم وقت الإقرار، فيورث تهمة الإيثار، فصار باعتبار التهمة ملحقاً بالوصية.

بخلاف ما تقدم من إقراره لأجنبية نكحها بعده؛ حيث يجوز؛ لأن سبب الإرث ثمة: الزوجية، وهي طارئة، حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية، ثم أسلمت قبل موته.. لا يصح إقراره لها؛ لقيام سبب الإرث حال إقراره لها.

وَهبةُ المُقعَدِ، والمفلوجِ، والأَشلِّ، والمسلولِ: مِن كُلِّ مَالِهِ إِن طَالَ وَلَم يُخَفْ مَوتُهُ مِنْهُ، وإلّا.. فَمن ثُلُثِهِ.

ولم يفرق المصنف بين ابنه الرقيق المديون، وابنه الرقيق الغير المديون في بطلان الإقرار لهما بعد طرئان العتق بعد الإقرار لهما، لكنه قال في «الهداية»: وكذا يبطل إقرار المريض لابنه الرقيق عبداً أو مكاتباً فأعتق؛ لما ذكر.

ثم قال: وذكر في كتاب الإقرار: إن لم يكن عليه دين.. يصح إقراره؛ لأنه إقرار لمولاه وهو أجنبي، وإن كان عليه دين.. لا يصح؛ لأنه إقرار له وهو ابنه وقت إقراره.

(**وهبة المقعد**)، وهو: العاجز عن المشي لداء في رجليه.

(**والمفلوج**) الفلج: داء يعرض نصف البدن، فيمنعه عن الحس والحركة الإرادية.

(**والأشل**)، وهو: الذي في يده ارتعاش وحركة.

(**والمسلول**)، وهو: الذي يكون له علة السِّل، وهو قرحة تحدث في الرئة؛ إما تُعقِب ذات الجنب، أو ذات الرئة، أو [هو] زكام ونوازل، أو سعال طويل، وتلزمها حمى هادية؛ كذا في «القاموس».

وفي «المصباح»: لا يكاد صاحبه يبرأ منه.

(**من كل ماله إن طال ولم يخف موته منه**)؛ لأنه في حكم الصحيح؛ لعدم خوف الموت.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يطل ويخاف موته منه؛ بأن يزداد يوماً فيوماً (.. **فمن ثلثه**)؛ لأنه حينئذ يكون مريضاً، فتعتبر وصاياه من ثلث ماله.

* * *

(بَابُ الْوَصِيَّةِ بِثُلُثِ المَالِ)

وَلَو أَوصى لكلٍّ مِنِ اثْنَيْنِ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلم يُجِزْ وَارثُهُ.. قُسِمَ الثُّلُثُ بَينَهمَا نِصْفَيْنِ.

وَلَو لأَحَدِهمَا بِثُلثِهِ، وَللْآخرِ بسُدُسِهِ.. قُسِمَ أَثْلَاثًا.

(بَابُ الوَصِيَّةِ بِثُلُثِ المَالِ)

(ولو أوصى لكل من اثنين بثلث ماله) بأن أوصى لرجل بثلث ماله، ثم أوصى لآخر بذلك المال أيضاً بلا رجوع عن الأول.. فالورثة؛ إما أن يجيزوهما، أو لا؛ فإن أجازوا.. فلهما الثلثان، وللورثة الثلث [٧٩٤/أ]، وإن لم يجيزوا وإليه أشار بقوله: (ولم يجز وارثه.. قسم الثلث بينهما نصفين)؛ لأنها لا تزاد على الثلث حينئذ؛ لعدم إجازة الورثة، وليس أحدهما أولى به من الآخر، فتساويا في سبب الاستحقاق، والتساوي فيه: يوجب التساوي في الاستحقاق.

فإن كان المحل يقبل الشركة.. جعل بينهما، وإن لم يقبل؛ كرجلين أقاما البينة على نكاح امرأة.. تُبطل البينتان جميعاً؛ لعدم قابلية المحل - وهو النكاح - الشركة.

ولو أوصى بثلث ماله للفقراء ولقرابته.. قال نصر: الوصية بين الفقراء والقرابات نصفان.

وقال محمد بن سلمة: إن كانت القرابات يحصون.. فالثلث بين الفقراء والقرابات، لكل واحد من القرابات سهم واحد، وللفقراء سهم واحد.

وإن كانوا لا يحصون.. فالثلث بينهما نصفان.

ومشايخنا أخذوا بهذا القول؛ كذا في «قاضي خان».

(ولو) أوصى (لأحدهما بثلثه، وللآخر بسدسه) والحال أن الورثة لم يجيزوا السدس؛ لكونه زائداً على الثلث (.. قسم) الثلث (أثلاثاً)، فثلثاه لصاحب الثلث، وثلثه لصاحب السدس؛ لأن كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح وضاق الثلث

وَلَو لأَحَدِهِمَا بِثُلثِهِ، وَللْآخرِ بثُلُثَيهِ أَو بِنصفِهِ أَو بكلِّهِ.. يُنَصَّفُ الثُّلُثُ بَينَهمَا.

وَعِنْدَهُمَا: يثلّث فِي الأَوَّلِ.

ويَخمَّسُ خُمُسَينِ وَثَلَاثَةَ أَخمَاسٍ فِي الثَّانِي.

ويربَّعُ فِي الثَّالِثِ.

وَلَا يُضْربُ الْمُوصى لَهُ بِالزَّائِدِ على الثُّلُث عِنْدَ الإِمَامِ، إِلَّا فِي الْمُحَابَاةِ، والسِّعايَةِ، وَالدَّرَاهِمِ الْمُرْسلَةِ.

عن حقهما؛ إذ لا مزية للوصية على الثلث بدون إذن الورثة، فيقسمان الثلث على قدر حقهما، والثلث ضعف السدس، فكان قد أوصى لأحدهما ضعف ما للآخر.

(ولو) أوصى (لأحدهما بثلثه، وللآخر بثلثيه أو بنصفه أو بكله) ولم يجز الورثة (.. ينصَّف الثلث بينهما) في كل من هذه الصور الثلاث عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يثلِّث) الثلث (في الأول، ويخمس خُمُسَين وثلاثة أخماس في الثاني)؛ أي: يجعل الثلث خمسة أخماس، فيعطى خمسان لصاحب الثلث، وثلاثة أخماس لصاحب النصف.

(ويربِّع) الثلث (في الثالث)، فيحصل ربع واحد لصاحب الثلث، وثلاثة أرباع لصاحب الكل.

(ولا يُضرِب) على صيغة المجهول بمعنى لم يجعل، وقوله: (الموصى له) قائم مقام فاعله؛ أي: لم يجعل للموصى له شيء ولا يعطى له أكثر من الثلث (بالزائد) متعلق بالموصى له (على الثلث) متعلق بالزائد (عند الإمام، إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة)؛ أي: المطلقة عن كونها ثلثاً أو نصفاً أو نحوهما؛ يعني: أن الإمام أبا حنيفة لم يجعل للموصى له بالزائد على الثلث شيئاً في صورة من الصور، إلا في صورة [٧٩٤/ب] المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة، بل جعل الثلث نصفين بينهما، سواء كان الزائد على الثلث: ثلثان، أو النصف، أو الكل، على ما ذكر.

له: أن الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير المشروع عند عدم إجازة الورثة، فتبطل أصلاً، ولا معتبر للباطل، والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق، فيبطل ببطلان الاستحقاق.

بخلاف المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة؛ لأن لها نفاذاً في الجملة، بدون إجازة الورثة؛ بأن كان في المال سعة، فيعتبر فيها التفاضل، فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه؛ لكونه مشروعاً.

ولهما: أن الموصي قصد شيئين: الاستحقاق، والتفضيل، فامتنع الاستحقاق؛ لعدم إذن الورثة، ولا مانع من التفضيل.. فثبت؛ كما في المحاباة وأختيه.

والجواب عنه: ما مر: أن التفضيل يبطل ببطلان الاستحقاق.

وصورة المحاباة: عبدان لرجل، قيمة أحدهما: ألف ومائة، وقيمة الآخر: ستمائة، وأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة، والآخر لفلان بمائة.. فإنه حصلت المحاباة لأحدهما بألف، وللآخر بخمسمائة، والكل وصية؛ لأنه في حال المرض؛ فإن لم يكن له غيرهما، ولم تجز الورثة.. جازت المحاباة بقدر الثلث، فيكون بينهما أثلاثاً، يُضرَب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهي الألف، والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة؛ فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة.. وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف في أكثر من خمسمائة.

وصورة السعاية: أن يوصي بعتق عبدين، قيمة أحدهما: ألف، وقيمة الآخر: ألفان، ولا مال له غيرهما؛ إن أجازت الورثة.. عتقا جميعاً، وإن لم يجيزوا.. عتقا من الثلث، وثلث ماله: ألف، فالألف بينهما على قدر وصيتهما؛ ثلثا الألف للذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي، والثلث للذي قيمته ألف ويسعى في الباقي.

وصورة الدراهم المرسلة: أن يوصي لرجل بألفين، ولآخر بألف درهم، وثلث ماله ألف درهم، ولم يجز الورثة.. فإنه يكون بينهما أثلاثاً؛ كل واحد منهما يضرب

وَتبطلُ الْوَصِيَّةُ بِنَصِيبِ ابْنِهِ، وَتَصِحُّ بِمثلِ نصيبِ ابْنِهِ.

فَلَو كَانَ لَهُ ابْنَانِ.. فللموصَى لَهُ: الثُّلُثُ.

وَإِن ثَلَاثَةٌ.. فالرُّبُع.

بجميع وصيته؛ لأن الوصية في مخرجها صحيحة؛ لجواز أن يكون له مال آخر يخرج من هذا القدر من الثلث.

ولا كذلك [٧٩٥/أ] فيما إذا أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بنصف ماله، أو بجميع ماله؛ لأن اللفظ في مخرجه لم يصح؛ لأن ماله لو كثر، أو خرج له مال.. تدخل فيه تلك الوصية، ولا يخرج من الثلث.

(**وتبطل الوصية بنصيب ابنه**) والابن موجود وقت الوصية، حتى لو لم يكن له ابن.. صحت الوصية، على ما في «العناية»، وهذا: لأن الوصية بنصيب الابن الموجود: وصية بمال الغير؛ لأن نصيب الابن: ما يصيبه بعد الموت بنص الكتاب، والوصية بمال الغير لا تجوز.

(**وتصح بمثل نصيب ابنه**)؛ سواء كان له ابن أو لم يكن، وهذا: لأن الوصية بمثل نصيب الابن ليست وصية بنصيب الابن، بل هي وصية بغير نصيب الابن؛ لأن مثل الشيء: غيره - وإن كان يتقدر به - فيجوز.

(**فلو كان له ابنان... فللموصى له: الثلث**).

والقياس: أن يكون له النصف عند إجازة الورثة؛ لأنه أوصى بمثل نصيب ابنه، ونصيب كل واحد منهما: النصف.

وجه الاستحسان: أنه قصد أن يجعله مثل نصيب ابنه، و[ولا يكون به مثل][1] نصيب كل واحد منهما وإلا بأن يجعل الموصى له كأحدهم، فيقسم أثلاثاً بينهم.. فالثلث للموصى له، والثلثان للابنين.

(**وإن**) كان له (**ثلاثة**) أبناء (.. **فالربع**) للموصى له؛ لما ذكرناه من جعل

---

(١) زيادة من «بدائع الصنائع» (٣٥٨/٧).

وَإِن أَوصى بِجُزْءٍ مِن مَالِهِ.. فالتعيينُ إِلَى الْوَرَثَةِ.

وَإِن بِسَهْمٍ.. فالسُّدُس.

وَعِنْدَهُمَا: مثلُ نصيبِ أَحدِهم، إِلاّ أَن يزِيدَ على الثُّلُثِ وَلَا إِجَازَةَ.

قَالُوا: هَذَا فِي عُرفِهِم، وَفِي عُرفنَا: السَّهْمُ: كالجزءِ.

الموصى له كأحدهم، فيقسم المال أرباعاً.

(**وإن أوصى بجزء من ماله.. فالتعيين إلى الورثة**)؛ فيقال لهم: أعطوه ما شئتم؛ لأنه مجهول، يتناول القليل والكثير، والوصية لا تمتنع بالجهالة، والورثة قائمون مقام الموصي، فكان إليهم بيانه.

(**وإن** أوصى (**بسهم.. فالسدس**)؛ لما روي عن ابن مسعود مرفوعاً: «وإن السهم هو السدس»، ولأن إياس بن معاوية قاضي بصره قال: السهم في اللغة: عبارة عن السدس، وبه أخذ أبو حنيفة، وقال: السهم هو السدس.

(**وعندهما**): السهم: (**مثل نصيب أحدهم**)؛ أي: أحد الورثة، (**إلا أن يزيد على الثلث**)؛ أي: يراد بالسهم ههنا مثل نصيب أحدهم، إلا أن يزيد نصيب أحدهم على ثلث المال.

(**ولا إجازة**) من الورثة.. فإنه حينئذ لا يراد به نصيب أحدهم، بل يرد إلى الثلث؛ لأن الوصية لا تزاد على الثلث عند عدم إجازة الورثة.

(**قالوا: هذا**)؛ أي: الفرق بين الجزء والسهم (**في عرفهم، وفي عرفنا: السهم كالجزء**) في التعيين إلى الورثة.

اعلم: أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع [٧٩٥/ب] اختلفت اختلافاً كثيراً بسبب اختلاف رواية «المبسوط» و«الجامع الصغير»، قال في «الكافي»: فعلى رواية «الأصل».. جوز أبو حنيفة النقصان من السدس، ولم يجوز الزيادة على السدس.

وعلى رواية «الجامع الصغير».. جوز الزيادة على السدس، ولم يجوز النقصان

عن السدس؛ فإنه قال في «الأصل»: له أخس سهام الورثة، إلا أن يكون أكثر من الثلث، فلا يزاد عليه.

وقال في «الجامع الصغير»: له أخسُّ سهام الورثة، إلا أن يكون أقل من السدس.. فحينئذٍ يعطي له السدس.

ففي «الأصل»: جعل السدس يمنع الزيادة عليه، ولا يمنع النقصان عنه.

وفي «الجامع الصغير»: جعله يمنع النقصان، ولا يمنع الزيادة.

وذكر في «الهداية» ما يخالف كل واحد من رواتي «الأصل» و«الجامع»؛ فإنه قال: ولو أوصى بسهم من ماله.. فله أخس السهام، إلا أن ينقص عن السدس فيتم السدس، ولا يزاد عليه، فهذا مخالف لكل من الروايتين المذكورتين؛ فإن قوله: «إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس» ليس في رواية «الأصل»، وقوله: «ولا يزاد عليه» ليس في رواية «الجامع».

وهكذا ذكره في «العناية»، ثم قال: لعل صاحب «الهداية» اطلع على رواية غير رواية «الأصل» و«الجامع»، أو جمع بين روايتيهما.

وقال: صورة المسألة: ما إذا أوصت امرأة بسهم من مالها، ثم ماتت وتركت زوجاً وبنتاً.. فعلى رواية: يعطى السدس في قول أبي حنيفة، وعندهما: يعطى مثل الربع، فيعطى الخمس، فإنا نجعل المسألة على قوله من ستة؛ لحاجتنا إلى السدس، للموصى له سهم، فبقيت خمسة، للزوج منه الربع، ولا يستقيم عليه، فيضرب في أصل مخرج المسألة؛ أعني: الستة مخرج الكسر - وهو أربعة - تبلغ أربعة وعشرين.

كان للموصى له سهم يضرب في أربعة، وهو: أربعة، وهو سدس المال.

بقي عشرون، للزوج منها الربع، وهو خمسة.

والباقي: للبنت، وهو على قولهما من خمسة، يزاد مثل أخس سهام الورثة، وهو الربع، وهو واحد على الفريضة، وهي أربعة، فتصير المسألة: خمسة، يعطى للموصى

وَإِن أَوصى لَهُ بسُدُسِ مَالِهِ، ثمَّ بِثُلُثِ مَالِهِ وأَجازوا.. فَلهُ الثُّلُثُ.

وَإِن بسُدُسِهِ.. فَلهُ السُّدسُ؛ سَوَاءٌ اتّحد الْمجْلسُ أَوِ اخْتلفَ.

وَلَو بِثُلُثِ دَرَاهِمِهِ أَو غنمِهِ أَو ثِيَابِهِ وَهِيَ مِن جنسٍ وَاحِدٍ، فَهَلَكَ الثُّلُثَانِ.. فَلهُ الْبَاقِي إِن خرجَ مِنَ الثُّلُثِ.

له سهماً، وللزوج سهماً، وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له، وما بقي: فللبنت.

وإنما كان كذلك [٧٩٦/أ]؛ لأن الموصي أوصى بمثل نصيب الزوج؛ لأنه أخس النصيب، ومثل الشيء: غيره، فيزاد مثل الربع على الأربعة؛ ليكون المزيد مثلاً للربع.

(وإن أوصى له بسدس ماله، ثم بثلث ماله وأجازوا)؛ أي: الورثة (.. فله)؛ أي: للموصى له (الثلث)؛ لأن الثلث يتضمن السدس؛ لأنه أقل منه، فيدخل فيه، فلا يتناول أكثر من الثلث.

أطلق، فشمل: ما إذا قال ذلك في المجلس أو في مجلس آخر؛ كذا في «الهداية».

(وإن) أوصى (بسدسه)، ثم بسدسه بأن قال: سدس مالي لفلان، ثم قال: له سدس مالي (.. فله السدس)؛ أي: سدس واحد؛ (سواء اتحد المجلس أو اختلف)؛ لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المال، والمعرف متى أعيد معرفاً.. كان الثاني عين الأول.

ثم الظاهر: أن قوله: «سواء اتحد المجلس أو اختلف» قيد للمسألتين.

(ولو) أوصى (بثلث دراهمه أو غنمه أو ثيابه وهي)؛ أي: الثياب (من جنس واحد) قيدها به؛ لأن الحكم في الجنسين منها ليس كذلك على ما سيصرح به (فهلك الثلثان)؛ أي: ثلثا دراهمه أو غنمه أو ثيابه (.. فله)؛ أي: للموصى له (الباقي)؛ أي: الباقي من دراهمه أو غنمه أو ثيابه؛ أعني: ثلثها.

(إن خرج) ذلك الباقي (من الثلث)؛ أي: من ثلث جميع ماله.

وقال زفر: له ثلث ما بقي من دراهمه أو غنمه أو ثيابه، لا ثلث جميع ماله؛ لأن

كل واحد من الهالك والباقي مشترك بين الورثة والموصى له، والمال المشترك: يهلك ما يهلك منه على المشتركة، ويبقى ما يبقى منه على الشركة، فصار كما إذا كانت التركة الموصى بها أجناساً مختلفة، وهو القياس.

قلنا: إن هذا جنس واحد، والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق [أحدهم في](١) الواحد من الورثة والموصى له في البعض المعين من ذلك الجنس، ولهذا كان يجري فيه الجبر على القسمة مع ما فيه من الجمع؛ فإذا أمكن الجمع.. جمعنا حق الموصى له فيما بقي من الموصى به؛ تقديماً للوصية على الإرث؛ لأن الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى به، فكان حق الورثة كالتبع، وحق الموصى له كالأصل، والأصل في مال اشتمل على أصل وتبع إذا هلك شيء منه: أن يجعل الهالك من التبع دون الأصل؛ كمال المضاربة إذا كان فيه ربح وهلك بعضه.. يصرف الهالك [٧٩٦/ب] إلى الربح؛ لأنه تبع، لا إلى رأس المال؛ لأنه أصل، فصارت الوصية بثلث دراهمه كالوصية بالدرهم الواحد.

ولو أوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم، فهلك درهمان وبقي درهم، وهو يخرج من ثلث ماله.. كان للموصى له الدرهم، فكذا هذا.

بخلاف الأجناس المختلفة؛ فإن الجمع فيها غير ممكن؛ فإنه إذا ترك أجناساً مختلفة وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقون.. فإن القاضي لا يجبرهم على القسمة؛ لأن الغرض من القسمة: الانتفاع، فلا بد منه، وهي في الأجناس المختلفة متعذرة، وإذا تعذر الجمع.. تعذر التقديم؛ لأن فيه الجمع، فبقي الكل مشتركاً بين الورثة والموصى له أثلاثاً؛ فما هلك منها.. يهلك على الشركة، وما بقي.. يبقى عليها أثلاثاً، فلا يصح قياس ما يتحد جنسه عليها.

---

(١) زيادة من «العناية» (١٠/٤٤٦).

وَكَذَا: كلُّ مَكِيلٍ ومَوْزُونٍ.

وَإِن بِثُلُثِ ثِيَابِهِ وَهِيَ مُتَفَاوِتَةٌ، فَهَلَكَ الثُّلُثَانِ.. فَلهُ ثُلُثُ مَا بقِيَ.

وَإِن بِثُلُثِ عبيدِهِ.. فَكَذَلِكَ.

وَعِنْدَهُمَا: كلُّ الْبَاقِي.

وَقيلَ: يوافقانِ.

(وكذا)؛ أي: مثل الوصية بثلث دراهمه أو غنمه وصية ثلث (كل مكيل وموزون)؛ لأنها من جنس واحد.

(وإن) أوصى (بثلث ثيابه وهي متفاوتة)؛ أي: ليست من جنس واحد، (فهلك الثلثان) من تلك الثياب (.. فله)؛ أي: للموصى له بثلث تلك الثياب: (ثلث ما بقي) من تلك الثياب؛ إن كان ثلث ما بقي يخرج من ثلث جميع ماله؛ لأن الجنس لما كان مختلفاً.. لا يمكن جمعه - على ما بيناه - فله ثلث ما بقي، لا جميع ما بقي؛ كما في متحد الجنس.

(وإن) أوصى (بثلث عبيده.. فكذلك)؛ أي: لو أوصى بثلث عبيده، وله ثلاثة عبيد، وهلك اثنان من عبيده... فللموصى له ثلث ما بقي من عبيده، وهو واحد إن خرج ثلثه من ثلث جميع ماله؛ لكثرة التفاوت منها، فلا يمكن الجمع، قالوا: هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما): للموصى له (كل الباقي)، وهو العبد الباقي، وإلى قولهما مال الفقيه أبو الليث، والإمام فخر الإسلام؛ لإمكان جمع نصيب واحد منهم في عبد واحد باعتبار القيمة؛ لاتحاد الجنس.

(وقيل: يوافقان) لأبي حنيفة في القول بأن للموصى له ثلث ما بقي من عبيده؛ يعني: لا مخالفة بينه وبينهما في هذه المسألة.

قال في «العناية»: الخلاف في هذه المسألة أشبه للفقه؛ بناء على أن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة؛ لأنه يجعله أجناساً مختلفة،

وَالدَّوَابُّ: كالعبيدِ.

وَإِن أَوصى بِأَلِفٍ وَلهُ عينٌ وَدَينٌ.. فَهِيَ عينٌ إِن خَرَجَتْ مِن ثُلُثِ الْعَينِ.

وإِلَّا.. دَفَعَ ثلثَ الْعينِ وَثُلُثَ مَا يُسْتَوْفَى مِنَ الدَّينِ حَتَّى يتمَّ.

وَإِن أَوصى بِالثُّلثِ لزيدٍ وَعَمْرٍو وَأَحَدُهمَا ميِّتٌ.. فكلُّهُ للحيِّ.

وهما يريان ذلك؛ لأنهما يجعلانها جنساً واحداً.

(والدواب)، وكذا [٧٩٧/أ] الدور: (كالعبيد) على ما تقدم بيانه في العبيد.

(وإن أوصى بألف) درهم، (وله)؛ أي: للموصي (عين ودين.. فهي)؛ أي: الوصية: (عين)؛ أي: يصرف إلى العين (إن خرجت) الألف الموصى بها (من ثلث العين)؛ بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقداً؛ فإنه يدفع الألف منه إلى الموصى له؛ إذ لا ضرر فيه للورثة.

(وإلَّا)؛ أي: وإن لم تخرج الألف من ثلث العين (.. دفع) إلى الموصى له (ثلث العين)؛ بأن كان له ألف درهم نقداً مثلاً، فيعطى للموصى له ثلث الألف النقد، (وثلث ما يستوفى من الدين حتى يتم) الألف الموصى به؛ لأن فيه نظراً للورثة وللموصى له؛ لأن للعين فضلاً على الدين، ولو تخصص أحدهم بالعين.. يتضرر به الآخر.

(وإن أوصى بالثلث لزيد وعمرو، وأحدهما ميت.. فكله للحي)؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية، فلا يزاحم لمن هو أهل لها وهو الحي، فيكون الثلث كله للحي؛ كما إذا أوصى لزيد وجدار.. صار الثلث كله لزيد.

وعن أبي يوسف: أنه إذا لم يعلم بموته.. فله نصف الثلث؛ لأن الوصية عنده صحيحة لعمرو، فلم يرض للحي إلا نصف الثلث.

بخلاف ما إذا علم موته؛ لأن الوصية لعمرو لغو، فكان راضياً بكل الثلث للحي.

وإنما لم يفرق في ظاهر الرواية بين علم الموصى بحياته وعدمه؛ لأن استحقاق

وَإِن قَالَ: بَينَ زيدٍ وَعَمْرٍو.. فالنصفُ للحيِّ.

وَإِن أوصى بِثُلُثِ مَالِهِ، وَلَا مَالَ لَهُ، فاكتسبَ.. فَلهُ ثُلُثُ مَالِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ.

الحي منهما لجميع الثلث بعد المزاحمة عند إيجاب الموصي، وفي هذا: لا فرق بين العلم وعدمه، ألا ترى: أنه لو أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة، ثم مات أحدهما.. فإن للباقي منهما نصف الثلث؛ لوجود المزاحمة بينهما حال الوصية، ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه، بل يقوم وارثه فيه مقامه؛ كموت أحد الورثة بعد موت المورث.

(وإن قال: بين زيد وعمرو.. فالنصف للحي)؛ يعني: إذا قال: ثلث مالي بين زيد وعمرو، وعمرو ميت.. كان لزيد نصف الثلث؛ لأن كلمة «بين» توجب التنصيف.

بخلاف المسألة الأولى؛ فإن الجملة الأولى؛ أعني: قوله: «ثلث مالي لزيد» كلام يقتضي اختصاص الثلث به، إلا أن العطف عليه بكلمة «الواو» بقوله: «ولعمرو» يقتضي المشاركة في الحكم المذكور؛ أي: الوصية بالثلث، والتنصيف بحكم المزاحمة؛ فإذا زالت المزاحمة بكون عمرو ميتاً.. يكون الثلث كله للحي.

بخلاف ما نحن فيه؛ فإن التنصيف هنا [٧٩٧/ب] ليس بحكم المزاحمة، بل بمقتضى كلمة «بين»، ولهذا لو قال: ثلث مالي بين فلان وسكت.. لم يستحق المذكور الثلث كله، بل يستحق نصفه.

بخلاف ما لو قال: ثلث مالي بين فلان وسكت كان الثلث له جميعاً؛ لعدم ما يوجب التنصيف أصلاً.

(وإن أوصى بثلث ماله) لشخص، (ولا مال له) وقت الوصية، (فاكتسب) بعدها مالاً (.. فله)؛ أي: للموصى له (ثلث ماله) الذي وجد (عند الموت)؛ لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت، ويثبت حكمه بعده، فيشترط وجود المال عند الموت؛ سواء اكتسبه بعد الوصية وهو المذكور في المتن، أو قبل الوصية، لكن

وَإِن بِثُلُثِ غنمِهِ وَلَا غنمَ لَهُ، أَو كَانَ فَهَلَكَ قبلَ مَوتِهِ.. بطلَت.

وَإِنِ اسْتَفَادَ غنماً ثمَّ مَاتَ.. صحَّت فِي الصَّحِيحِ.

وَإِن أَوصى بِشَاةٍ مِن مَالِهِ وَلَا شَاةَ لَهُ.. فَلهُ قيمتُهَا.

وَتبطلُ لَو بِشَاةٍ مِن غنمِهِ وَلَا غنمَ لَهُ.

الموصى به لم يكن عيناً أو نوعاً معيناً؛ فإنه في هذه الصورة: يشترط وجود المال عند الموت أيضاً، وإلا.. فالوصية باطلة.

وأما إذا أوصى بعين من ماله، أو بنوع معين منه؛ كثلث غنمه، ولا غنم له وقت الوصية، أو كان فهلك الغنم قبل موته.. تبطل الوصية؛ لأنها تعلقت بالعين، فتبطل بفواتها قبل الموت.

حتى لو اكتسب عيناً أخرى أو غنماً آخر بعد ذلك.. لا يتعلق به حق الموصى له، وإلى هذا أشار بقوله: (**وإن بثلث غنمه، ولا غنم له، أو كان فهلك قبل موته.. بطلت**) على ما بيناه.

(**وإن استفاد غنماً**)؛ يعني: أوصى لشخص بثلث غنمه، ولا غنم له وقت الوصية، فاستفاد غنماً، (**ثم مات**) الموصي (**.. صحت**) الوصية (**في الصحيح**)؛ لأنها لو كانت بلفظ المال.. تصح، فكذا إذا كانت بلفظ نوعه، والمعتبر وجوده عند الموت.

قوله: «في الصحيح»: احتراز عن قول بعض المشايخ: إن الوصية باطلة؛ لأنه مال خاص، فصار بمنزلة التعيين؛ كما لو أوصى بهذه الشاة ولم تكن في ملكه، ثم ملكها.. فإنها غير صحيحة، على ما سيصرح به في الكتاب.

(**وإن أوصى بشاة من ماله، ولا شاة له.. فله**)؛ أي: للموصى له (**قيمتها**)؛ لأنه لما أضاف إلى ماله.. علم أن مراده: الوصية بمالية الشاة، وماليتها توجد في مطلق المال.

(**وتبطل**) الوصية (**لو**) أوصى (**بشاة من غنمه ولا غنم له**)؛ لأنه لما أضاف إلى

وَإِن أَوصى بِثُلُثِ مَالِهِ لأُمَّهاتِ أَوْلَادِهِ وهُنَّ ثَلَاثٌ وللفقراءِ وَالْمَسَاكِينِ، فَلَهُنَّ ثَلَاثَةُ أَخماسِهِ، وَلِكُلِّ فريقٍ خُمُسٌ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: ثَلَاثَةُ أَسباعِهِ، وَلِكُلِّ فريقٍ سُبُعانِ.

الغنم.. علم أن مراده: عين الشاة، لا ماليتها.

ولو أوصى بشاة ولم يضفها إلى ماله، ولا إلى غنمه.. اختلفوا فيه:

قيل: لا تصح؛ لأن المصحح إضافتها إلى المال، وبدون الإضافة إلى المال تعتبر صورة الشاة ومعناها.

وقيل: تصح؛ لأنه لما ذكر [٧٩٨/أ] الشاة، وليس في ملكه شاة.. علم أن مراده المالية.

وعلى هذا: يخرج كل نوع من أنواع المال؛ كالبقر والفرس والبغل الثياب وغيرها من الحيوانات.

(**وإن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده، وهن**)؛ أي: أمهات أولاده (**ثلاث**)، وهي جملة معترضة بين المعطوف والمعطوف عليه (**وللفقراء والمساكين**)؛ يعني: أوصى بأن قال: أوصيت بثلث مالي لأمهات أولادي وللفقراء والمساكين، وأمهات أولاده ثلاث (.. **فلهن**)؛ أي: لأمهات أولاده (**ثلاثة أخماسه، ولكل فريق**)؛ أي: من الفقراء والمساكين: (**خمس**)؛ يعني: يجعل المال على خمسة أسهم، ثلاثة منها لأمهات أولاده، ولكل من الفقراء والمساكين سهم، عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمد ثلاثة أسباعه**) لأمهات أولاده، (**ولكل فريق**) من الفقراء والمساكين: (**سبعان**)؛ لأن المذكور لفظ الجمع، وأدناه في الميراث: اثنان؛ كما قال تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾ فكان من كل طائفة من الفقراء والمساكين: اثنان، وأمهات أولاده: ثلاث، فكان المجموع: سبعة، فتقسم أسباعاً.

ولهما: أن الجمع المحلى باللام: يراد به الجنس، وإنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل، لا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل، فيعتبر من كل فريق واحد، وأمهات

وَإِن أَوصى بِثلثِ مَالِهِ لزيدٍ وللفقراءِ.. فَلهُ نصفُهُ، وَلَهُم نصفُهُ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: لَهُ ثلثُهُ، وَلَهُم ثُلُثَاهُ.

وَإِن أَوصى بِمِائَةٍ لزيدٍ، وَمِائَةٍ لعَمْرٍو، ثُمَّ قَالَ لْبكرٍ: أَشْرَكتُكَ مَعَهُمَا.. فَلهُ ثلثُ مَا لكلٍّ.

وَلَو بِمِائَةٍ لزيدٍ، وَخمسينَ لعَمْرٍو.. فلبكرٍ نصفُ مَا لكلٍّ مِنْهُمَا.

الأولاد ثلاث، فكان المجموع: خمسة.

وكذا: تصح الوصية لمكاتبه ومدبره.

وأما لعبده القن وأمته القنة.. ففيه اختلاف:

قال في «قاضي خان»: ولو أوصى لعبده القن، أو لأمته القنة، ثم مات.. جازت الوصية للقن بعتق ثلثه مجاناً، ويجب عليه ثلثا قيمته، وله ثلث ماله من سائر التركة، ويتقاصان، ويترادان الفضل.

وعند صاحبيه: يعتق العبد كله، تصرف الوصية أولاً إلى العتق؛ فإن فضل من الثلث شيء.. كان الفضل للعبد. انتهى.

(وإن أوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء.. فله نصفه، ولهم نصفه) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(وعند محمد: له)؛ أي: لزيد (ثلثه، ولهم ثلثاه)، وقد ذكرنا وجه كل من الطرفين في المسألة المتقدمة.

(وإن أوصى بمائة لزيد، ومائة لعمرو، ثم قال لبكر: أشركتك معهما.. فله)؛ أي: لبكر (ثلث ما لكل) من زيد وعمرو.

(ولو) أوصى (بمائة لزيد، وخمسين لعمرو) ثم [٧٩٨/ب] قال لبكر: أشركتك معهما (.. فلبكر نصف ما لكل منهما)؛ لأن الشركة تقتضي المساواة لغة، ولهذا حمل قوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ﴾ على المساواة بين الكل، وقد أمكن

وَإِن قَالَ: لفُلَانٍ عليَّ دَينٌ فصدِّقوهُ.. فإِنَّهُ يُصَدَّقُ إِلَى الثُّلُثِ.

ذلك في المسألة الأولى؛ لاستواء المالين، فيأخذ بكر من كل واحد منهما ثلث المائة، فتم له ثلث المائتين، ويأخذ كل واحد منهما ثلثي المائة.

ولا يمكن المساواة بين الكل في المسألة الثانية؛ لتفاوت المالين، فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما يماثله، فيأخذ النصف من كل واحد من المالين.

ولو أوصى لرجل بجارية، ولآخر بجارية أخرى، ثم قال لآخر: أشركتك معهما؛ فإن كانت قيمة الجاريتين متفاوتة.. كان له نصف كل واحدة منهما بالإجماع.

وإن كان قيمتهما على السواء.. فله ثلث كل واحدة منهما عندهما.

وعند أبي حنيفة: له نصف كل واحدة منهما؛ بناء على أنه لا يرى قسمة الرقيق، فيكون كجنسين مختلفين، وهما يريانها، فصار كالدراهم المتساوية.

(وإن قال) في مرضه: **(لفلان علي دين فصدِّقوه.. فإنه)**؛ أي: الفلان **(يصدق إلى الثلث)**؛ أي: في الاستحسان.

والقياس: أن لا يصدق؛ لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً.. لا يحكم به إلا بالبيان من المقر، ولا بيان.

وقوله: «فصدقوه» لا يصلح بياناً؛ لأنه صدر مخالفاً للشرع؛ لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة، فيتعذر جعله إقراراً من كل وجه.. فلا يعتبر، فصار نظير من قال: كل من ادعى علي شيئاً فأعطوه؛ فإنه باطل؛ لكونه مخالفاً للشرع.

إلا أن يقول: إن رأى الوصي أن يعطيه.. فحينئذٍ يجوز من الثلث.

وجه الاستحسان: أنا نعلم أن قصده تقديمه على الورثة، وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية، وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق دون مقداره، فيسعى في تفريغ ذمته، فنجعله وصية، ونجعل التقدير فيها إلى الموصى له، فيصدق إلى الثلث دون الزائد على الثلث.

فَإِن أَوصى مَعَ ذَلِكَ بوصايا.. عُزِلَ ثُلُثٌ لَهَا، وَثُلُثَانِ لِلْوَرَثَةِ، وَيُقَالُ لكلٍّ: صدِّقوهُ فِيمَا شِئْتُم، فَيُؤْخَذُ أَصْحَابُ الْوَصَايَا بِثُلُثِ مَا أقرُّوا بِهِ، وَالْوَرَثَةُ بِثُلُثَي مَا أَقَرُّوا بِهِ، وَيحلفُ كلٌّ على الْعلمِ بِدَعْوَى الزِّيَادَةِ على مَا أقرُّوا.

وَإِن أَوصى بِعَينٍ لِوَارِثِهِ ولأَجنبيٍّ.. فللأَجنبيِّ نصفُهَا، وَلَا شَيْءَ لِلْوَارِثِ.

هذا، ولو قال في مرضه: لفلان علي دين، وهو صادق في دعواه.. قال في «البزازية»: لا رواية فيه عن أصحابنا، وينبغي أن يكون الجواب كما قال أبو القاسم؛ من أنه: إن لم يسبق من فلان دعوى شيء معلوم.. لا يلزم بهذا القول، وإن سبق دعوى شيء معلوم.. فهو ثابت.

(**فإن أوصى مع ذلك**)؛ أي: مع قوله: لفلان علي دين فصدقوه (**بوصايا.. عزل ثلث لها**)؛ أي: لأصحاب [٧٩٩/أ] الوصايا، (**وثلثان للورثة**)؛ لأن الوصايا حقوق معلومة في الثلث، وكذا الميراث: حق معلوم في الثلثين بعد عزل الثلث، وما أقر به لفلان من الدين: ليس بمعلوم.. فلا يزاحم المعلوم، فقدمنا عزل المعلوم على المجهول، ثم يؤمر كل من أصحاب الوصايا والورثة بتصديق المقر له.

وإليه أشار بقوله: (**ويقال لكل**)؛ أي: لكل من أصحاب الوصايا والورثة: (**صدِّقوه**)؛ أي: المقر له (**فيما شئتم، فيؤخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقروا به**)؛ أي: يؤمر أصحاب الوصايا بدفع ثلث ما أقروا به للمقر له، فيسلم ما بقي من الثلث لهم، (**والورثة**)؛ أي: ويؤخذ الورثة (**بثلثي ما أقروا**) به؛ لأن إقرار كل فريق نافذ في حق نفسه، فيلزمه بحصته.

واستشكل صاحب «الزيلعي» ههنا، فانظر إليه.

(**ويحلف كل**) من أصحاب الوصايا والورثة (**على العلم بدعوى الزيادة على ما أقروا**) به؛ يعني: إن ادعى المقر له أكثر مما أقر به كل من أصحاب الوصايا والورثة.. يحلف كل منهم على العلم؛ لأنه تحليف على فعل الغير.

(**وإن أوصى بعين لوارثه ولأجنبي.. فللأجنبي نصفها، ولا شيء للوارث**)؛ لأنه

وَإِن أَوصى لكلٍّ مِن ثَلَاثَةٍ بِثَوْبٍ وَهِي مُتَفَاوِتَةٌ، فَضَاعَ ثوبٌ وَلم يُدْرَ أَيُّها هُوَ، وَالْوَرَثَةُ تَقولُ لكلٍّ: هلكَ حَقُّكَ.. بطلتِ الْوَصِيَّةُ.

أوصى بما يملك الإيصاء به، وبما لا يملك.. فصح في الأول، وبطل في الثاني.

بخلاف ما لو أوصى لحي وميت؛ لأن الميت ليس بأهل الوصية، فلا يصلح مزاحماً، فيكون الكل للحي، والوارث من أهلها، حتى صح لهم بإجازة الورثة، فافترقا.

وعلى هذا: إذا أوصى للقاتل وللأجنبي.

بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي؛ حيث لا يصح للأجنبي أيضاً؛ لأن الوصية إنشاء تصرف، وهو تمليك مبتدأ لهما، والشركة تثبت حكماً للتمليك، فيصح في حق من يستحقه دون الآخر؛ لأن بطلان التمليك لأحدهما لا يوجب بطلان التمليك من الآخر.

وأما الإقرار: فإخبار عن كائن، وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي، ولا وجه في إثباته بدون هذا الوصف؛ لأنه خلاف ما أخبر به، ولا إلى إثبات هذا الوصف؛ لأنه يصير الوارث فيه شريكاً.

وفي «الزيلعي» نقلاً عن «النهاية»: هذا إذا تصادقا؛ أما إذا أنكر الأجنبي شركة الوارث، أو أنكر الوارث شركة الأجنبي.. فإنه يصح إقراره في حصة الأجنبي عند محمد، وعندهما: يبطل في حق الكل، وهكذا في إقرار «المجمع» أيضاً.

(**وإن أوصى لكل من ثلاثة بثوب، وهي متفاوتة**)؛ أي: أوصى لثلاثة أنفس [٧٩٩/ب] بثلاثة ثياب متفاوتة؛ جيد ووسط ورديء.. يخرج من ثلث ماله.

ولو أوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه، ثم مات الموصي، (**فضاع ثوب ولم يدر أيها هو**)؛ أي: الضائع، (**والورثة تقول لكل**) من الموصى له: (**هلك حقك**)، أو تقول: هلك حق أحدكم ولم ندر من هو، فلا ندفع إليكم شيئاً (.. **بطلت الوصية**)؛

فَإِن سلَّمُوا مَا بَقِيَ.. فلذي الْجيّدِ: ثُلُثا جيّدِهما، وَلِذِي الرّديءِ: ثُلُثا رديئهما، وَلِذِي الْوسطِ: ثلثُ كلّ مِنْهُمَا.

لأن الموصى له مجهول، وجهالته تمنع صحة الوصية؛ لأنه هو المستحق لها؛ كما لو أوصى لأحد هذين الرجلين.

(فإن سلموا)؛ أي: الورثة إلى الموصى له (ما بقي) من الثياب بعد الهلاك (..فلذي الجيد ثلثا جيدهما، ولذي الرديء ثلثا رديئهما ولذي الوسط ثلث كل منهما)؛ أي: من الجيد والرديء.

يعني: إن سلم الورثة ما بقي بعد الهلاك.. تصح الوصية؛ لأنها كانت صحيحة في الأصل، وإنما بطلت بجهالة طارئة مانعة عن التسليم، وبالتسلم إذا سلموا الباقي وهو الاثنان من الثياب.. زال المانع، فصارت صحيحة كما كان، فيقسم الباقي بينهم بحيث يصيب كل واحد منهم ثلثاً الباقي؛ لأن الاثنين إذا قسم على ثلاثة.. أصاب كل واحد منهم الثلثين، تعيَّن حق صاحب الجيد في الجيد؛ إذ لا حق له في الرديء بيقين.

ويحتمل أن يكون حقه في الجيد من الباقي؛ بأن يكون الجيد من الباقي هو الجيد الأصلي.

ويحتمل أن يكون حقه في الضائع؛ بأن يكون الضائع هو الأجود.

فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل أن يكون حقه - وهو الجيد -: أولى.

وإنما تعين حق صاحب الرديء في الرديء؛ إذ لا حق له في الجيد بيقين.

ويحتمل أن يكون حقه في الرديء من الباقي؛ بأن يكون الباقي هو الرديء الأصلي.

ويحتمل أن يكون حقه في الضائع؛ بأن يكون الضائع هو الأردأ.

فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل أن يكون حقه - وهو الرديء -: أولى.

وإنما تعين حق ذي الوسط في ثلث كل من الثوبين؛ لأن صاحب الجيد لما

وَإِن أَوصى بِبَيْتٍ معيَّنٍ من دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ.. قُسِمَتْ؛ فَإِن خرجَ الْبَيْتُ فِي نصيبِ الْمُوصي.. فَهُوَ للْمُوصى لَهُ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: لَهُ نصفُهُ.

وإِلَّا.. فَلهُ قَدرُ ذَرعِهِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: قدرُ نصفِ ذَرعِهِ.

أخذ ثلثي الجيد، وصاحب الرديء ثلثي الرديء.. لم يبق إلا ثلث كل واحد منهما، وقد تعين حقه في ذلك ضرورة.

(وإن أوصى ببيت معين من دار مشتركة) بين اثنين، ثم مات الموصي (.. قسمت) الدار.

(فإن خرج) ذلك (البيت في نصيب الموصي.. فهو)؛ أي: ذلك البيت الموصى به (للموصى له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(وعند محمد: له)؛ أي: للموصى له (نصفه)؛ أي: نصف البيت إن خرج في نصيب الموصي [٨٠٠/أ].

(وإلا)؛ أي: وإن لم يخرج في نصيب الموصي، بل خرج في نصيب الشريك الآخر (.. فله)؛ أي: للموصى له (قدر ذرعه)؛ أي: ذرع البيت عندهما.

(وعند محمد: قدر نصف ذرعه).

له: أنه أوصى بملكه وملك غيره؛ لأن الدار كلها مشتركة بينهما، فينفذ في ملكه، ويتوقف الباقي على إجازة صاحبه، ثم إذا ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة.. لا تنفذ الوصية السابقة؛ كما إذا أوصى بملك الغير، ثم اشتراه.

ثم إذا أصابه ذلك البيت في القسمة.. كان للموصى له نصفه؛ لأنه عين الموصى به.

وإن وقع في نصيب شريكه.. كان للموصى له مثل نصف ذلك البيت؛ لأنه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به؛ كالجارية الموصى

وَالْإِقْرَارُ: كَالْوَصِيَّةِ.

وَقِيلَ: لَا خلافَ فِيهِ لِمُحَمَّدٍ، وَهُوَ الْمُخْتَارُ.

بها إذا قتلت.. تنفذ الوصية في بدلها.

بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به؛ حيث لا تتعلق الوصية بثمنه؛ لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع، على ما تقدم في مسائل الرجوع عن الوصية، ولا تبطل بالقسمة.

ولهما: أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة؛ لأنه يقصد الإيصاء بما يمكن الانتفاع به على الكمال ظاهراً، وذلك يكون بالقسمة؛ لأن الانتفاع بالمشاع قاصر، وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه، فتنفذ الوصية فيه.

وإن وقع في نصيب شريكه.. تنفذ في قدر ذرعان البيت جميعه من الذي وقع في نصيب الموصي؛ لأنه عوضه.

(والإقرار كالوصية)؛ أي: الإقرار ببيت من دار مشتركة مثل الوصية به، حتى يؤمر بتسليم كله إن وقع البيت في نصيب المقر عندهما، وإن وقع في نصيب الآخر.. يؤمر بتسليم مثله.

وعند محمد: يؤمر بتسليم النصف أو قدر النصف؛ كما في الوصية.

وقيل: محمد معهما في الإقرار.

والفرق له على هذه الرواية: أن الإقرار بملك الغير للغير صحيح، حتى أن من أقر بملك الغير للغير، ثم ملكه في يوم من الأيام.. يؤمر بالتسليم إلى المقر له، والوصية بملك الغير باطلة، حتى لو ملكه بوجه، ثم مات.. لا تنفذ فيه الوصية، وإلى هذه الرواية أشار بقوله:

(وقيل: لا خلاف فيه لمحمد) ورجحه، فقال: (وهو المختار) للفتوى؛ لما بيناه من الفرق.

وَإِن أَوصى بِأَلِفِ عينٍ مِن مَالِ غَيرِهِ.. فلربِّها الْإِجَازَةُ بعدَ موتِ الْمُوصي، وَلهُ الْمَنْعُ بعدَ الْإِجَازَةِ.

بِخِلَافِ الْوَرَثَةِ لَو أَجَازُوا مَا زَادَ على الثُّلُثِ.

وَإِن أَقَرَّ أَحدُ الابنينِ بعدَ الْقِسْمَةِ بِوَصِيَّةِ أَبِيهِ بِالثُّلثِ.. فَعَلَيهِ دَفعُ ثُلُثِ نصِيبِهِ.

(**وإن أوصى بألف عين**)؛ أي: ألف درهم بعينها (**من مال غيره.. فلربها**)؛ أي: لرب الألف (**الإجازة**) للوصية (**بعد موت الموصى، وله**)؛ أي: لرب [٨٠٠/ب] الألف (**المنع بعد الإجازة**)؛ لأنه تبرع بمال الغير، فيتوقف على إجازة صاحبه؛ فإذا أجاز.. كان منه هذا ابتداء تبرع، فله أن يمنع من التسليم؛ كسائر التبرعات.

(**بخلاف الورثة لو أجازوا ما زاد على الثلث**) من وصية المورث؛ حيث لا يكون لهم أن يمتنعوا من التسليم بعد الإجازة؛ لأن الوصية في نفسها صحيحة؛ لمصادفتها ملكه، وإنما امتنع لحق الورثة؛ فإذا أجازوها.. سقط حقهم، فتنفذ من جهة الموصي، فليس لهم الرجوع.

وكذا: لو أوصى للقاتل أو الوارث فأجازها الورثة.. فلا رجوع لهم بعده؛ لما ذكرناه.

(**وإن أقر أحد الابنين بعد القسمة**)؛ أي: قسمة تركة أبيهما (**بوصية أبيه بالثلث.. فعليه دفع ثلث نصيبه**) إلى المقر له بالوصية، وهذا استحسان.

والقياس: أن يعطيه نصف نصيبه، وهو قول زفر؛ لأن إقراره بالثلث له: تضمن إقراره بمساواته إياه، والتسوية: في إعطاء النصف؛ ليبقى له النصف، فصار كما إذا أقر أحدهما بأخ ثالث لهما.

وجه الاستحسان: أنه أقر له بثلث شائع في جميع التركة، وهو في أيديهما، فيكون مقراً له بثلث ما في يده، وبثلث ما في يد أخيه، فيقبل إقراره في حق نفسه؛ لولايته على نفسه، ولا يقبل في حق أخيه؛ لعدم الولاية عليه، فيعطيه ثلث ما في يده.

وَإِن أَوصى بِأَمَةٍ فَولدت بعدَ مَوتِهِ.. فهما لِلْمُوصى لَهُ إِن خرجا مِنَ الثُّلُثِ.

وإِلَّا.. أَخذَ الثُّلُثَ مِنْهَا، ثُمَّ مِنْهُ.

وَعِنْدَهُمَا: مِنْهُمَا على السَّوَاءِ.

(وإن أوصى بأمة فولدت بعد موته.. فهما)؛ أي: الأمة وولدها (للموصى له إن خرجا من الثلث)؛ لأن الأم دخلت في الوصية أصالة، والولد تبعاً، حتى كان متصلاً بها؛ فإذا ولدت قبل القسمة - والتركة مبقاة على ملك الميت قبلها حتى يقضي بها دينه وتنفذ منه وصاياه - دخل الولد في الوصية، فيكونان للموصى له إن خرجا من الثلث.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يخرجا من الثلث (.. أخذ الثلث منها)؛ أي: من الأم (ثم منه)؛ أي: من الولد، هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما): أخذ الثلث (منهما على السواء).

هذا إذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له.

ولو ولدت بعد القسمة وبعد قبول الموصى له.. فالولد للموصى له؛ لأنه نماء ملكه؛ لأن التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت، فحدثت الزيادة في خالص ملك الموصى له.

ولو ولدت بعد القبول وقبل القسمة.. ذكر القدوري: أنه لا يكون موصى به، ولا يعتبر خروجه من الثلث، وكان للموصى له من جميع المال؛ كما لو ولدت بعد القسمة.

ومشايخنا قالوا [١٨٠/أ]: يصير موصى به، حتى يعتبر خروجه من الثلث، وكان للموصى له؛ كما لو ولدت قبل القبول.

ولو ولدت قبل موت الموصي.. لم يدخل في الوصية، فيكون لورثته كيفما كان.

والكسب: كالولد في جميع ما ذكرناه؛ كذا في «الزيلعي».

* * *

(بَابُ العِتْقِ فِي الْمَرَضِ)

الْعبْرَةُ بِحَالِ التَّصَرُّفِ: فِي التَّصَرُّفِ الْمُنجَّزِ.

فَإِن كَانَ فِي الصِّحَّةِ.. فَمن كلِّ المَالِ، وَإِن فِي مرضِ الْمَوْتِ.. فَمِن ثُلُثِهِ.

والمضافُ إِلَى الْمَوْتِ: مِنَ الثُّلُثِ وَإِن كان فِي الصِّحَّةِ.

وَمرضٌ صَحَّ مِنْهُ: كالصِّحَّةِ.

فالتَّحريرُ فِي مرضِ الْمَوْتِ...

(بَابُ العِتْقِ فِي المَرَضِ)

(العبرة بحال التصرف: في التصرف المنجز)؛ أي: ما لا يضاف إلى الموت، بل أوجب في الحال بطريق الإنشاء؛ كقوله: أعتقت أو وهبت وغيرهما مما فيه معنى التبرع.

(فإن كان) ذلك التصرف (في الصحة.. فمن كل المال)، حتى لو قال في الصحة: أعتقت عبدي هذا.. يعتق من كل ماله.

(وإن في مرض الموت.. فمن ثلثه).

بخلاف الإقرار بالدين؛ فإنه ينفذ من كل ماله ولو أقر في مرضه؛ لأنه ليس بإنشاء، ولذا قلنا: «بطريق الإنشاء»، وكذا النكاح في مرض الموت بمهر المثل.. ينفذ من كل المال؛ كذا في «المنح».

(والمضاف إلى الموت)؛ أي: التصرف المضاف إلى الموت؛ كأنت حر بعد موتي، أو هذا لزيد بعد موتي (.. من الثلث)؛ أي: يعتبر من الثلث (وإن) وصلية (كان في الصحة)؛ لأن وصية فيعتبر من الثلث.

(ومرض صح منه: كالصحة)؛ لأن حق الورثة والغرماء لا يتعلق بماله إلا في مرض موته، وبالبرء تبين أنه ليس بمرض الموت.. فلا حق لأحد في ماله.

(فالتحرير في مرض الموت) وهو ظاهر.

والمحاباةُ وَالْكَفَالَةُ وَالْهِبَةُ: وَصِيَّةٌ فِي اعْتِبَارِهِ منَ الثُّلُثِ.

فَإِن أَعتَقَ وحابى وضاقَ الثُّلُثُ عَنْهُمَا.. فالمحاباةُ أَولى إِن قُدِّمت.

وهما سَوَاءٌ إِن أُخِّرَت.

وَإِن أعتقَ بَينَ محاباتَين..

(والمحاباة)، صورتها: أن يبيع المريض ما يساوي مائة بخمسين، أو يشتري ما يساوي خمسين بمائة؛ فالزائد على قيمة المثل في الشراء، والناقص عنها في البيع: محاباة، حكمها: حكم الوصية.

(والكفالة) بالمال (والهبة) وهو أيضاً ظاهر.

(وصية)؛ أي: حكم هذه التصرفات: حكم الوصية (في اعتباره)؛ أي: اعتبار كل من هذه التصرفات (من الثلث)؛ يعني: أنها في حكم الوصية في كونها معتبرة من الثلث لا حقيقة الوصية؛ لأن الوصية إيجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة في الحال.

(فإن أعتق وحابى)؛ أي: فعلهما (وضاق الثلث عنهما.. فالمحاباة أولى إن قدمت) على العتق بأن حابى أولاً، ثم أعتق.

(وهما)؛ أي: المحاباة والعتق: (سواء إن أخرت) المحاباة.

صورة المحاباة، ثم الإعتاق: ما إذا باع المريض عبداً قيمته مائتان بمائة، ثم أعتق عبداً قيمته مائة، ولا مال له سواهما.. يصرف الثلث [٨٠١/ب] إلى المحاباة، ويسعى العبد في كل قيمته.

وصورة الإعتاق، ثم المحاباة: أعتق العبد الذي قيمته مائة، ثم باع العبد الذي قيمته مائتان بمائة.. فإنه يقسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين؛ فالعبد المعتق: يعتق نصفه محاباة، ويسعى في نصف قيمته، وصاحب المحاباة: يأخذ العبد الآخر بمائة وخمسين.

(وإن أعتق بين محاباتين) بأن حابى عبداً، ثم أعتق عبداً آخر، ثم حابى عبداً

فَنصفٌ للأُولى، وَنصفٌ بَينَ الْعِتْقِ والأَخيرَةِ.

وَإِن حابى بَينَ عِتقَينِ.. فَنصفٌ للمحاباةِ، وَنصفٌ للعتقَينِ.

وَعِنْدَهُمَا: الْعِتْقُ أَولى فِي الْجَمِيعِ.

وَإِن أَوصى بِأَن يُعْتَقَ عَنهُ بِهَذِهِ الْمِائَةِ عبدٌ، فَهَلَكَ مِنْهَا دِرْهَمٌ.. بطلتِ الْوَصِيَّةُ.

وَعِنْدَهُمَا: يُعْتَقُ بِمَا بَقِيَ.

آخر.. قسم الثلث بين المحاباتين نصفين؛ لتساويهما.

(فنصف) من الثلث (للأولى) من المحاباتين، (ونصف) آخر من الثلث (بين العتق والأخيرة) من المحاباتين.

(وإن حابى بين عتقين) بأن أعتق، ثم حابى، ثم أعتق (.. فنصف) من الثلث (للمحاباة، ونصف) آخر من الثلث (للعتقين)، هذا كله - من قوله: «وأن أعتق وحابى» إلى هنا - عند أبي حنيفة.

(وعندهما: العتق أولى في الجميع)؛ أي: الصور الأربع.

لهما: أن العتق أقوى؛ لأنه لا يلحقه الفسخ، والمحاباة يلحقها الفسخ، ولا معتبر في التقديم بالذكر؛ لأنه لا يوجب التقديم في الثبوت.

وله: أن المحاباة أقوى؛ لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة، فكانت تبرعاً في معنى عقد المعاوضة لا بصيغتها، والإعتاق تبرع صيغة ومعنى؛ فإذا وجدت المحاباة أولاً.. دفعت الأضعف، وإذا وجد العتق أولاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع.. كان من ضرورته المزاحمة للمحاباة.

(وإن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد، فهلك منها درهم.. بطلت الوصية) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يعتق بما بقي)؛ لأنه وصية بنوع قربة، فيجب تنفيذها ما أمكن، كما في صورة الحج.

وَلَو مَكَانَ الْعتْقِ حجٌّ.. حُجَّ بِمَا بَقِيَ إِجْمَاعاً.

وَتبطلُ الْوَصِيَّةُ بِعِتْقِ عَبدِهِ لَو جنى بعدَ موتِ سَيِّدِهِ فَدُفِعَ بهَا.

وَإِن فدي.. فَلَا.

وَلَو أَوصى لزيدٍ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَتركَ عبداً، فَادّعى زيدٌ عِتقَهُ: فِي الصِّحَّةِ، وَالْوَارِثُ عتقَهُ: فِي الْمَرَضِ.. فَالْقَوْلُ للْوَارِثِ، وَلَا شَيْء لزيدٍ، إِلَّا أَن يفضُلَ الثُّلُثُ عَن قِيمَتِهِ، أَو يبرهِنَ على دَعْوَاهُ.

ولأبي حنيفة: أنه وصية بعبد يشترى بمائة من ماله، وتنفيذها فيما يشترى بأقل منها: تنفيذ في غير الموصى به، وذلك لا يجوز، بخلاف الوصية بالحج؛ لأنها قربة محضة، فتنفذ بأي وجه كان.

(ولو) كان (مكان العتق حجٌّ: حجَّ بما بقي) بعد الهلاك (إجماعاً)؛ لما ذكرناه.

(وتبطل الوصية بعتق عبده لو جنى) العبد (بعد موت سيده، فدفع) العبد إلى ولي الجناية (بها)؛ أي: بسبب الجناية؛ لأن الدفع قد صح؛ لأن حق الجناية مقدم على حق الموصي، فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه؛ لأنه يتلقى الملك من جهة الموصي، وملك الموصي باق إلى أن يدفع، وبه يزول ملكه؛ فإذا خرج به عن ملكه.. بطلت الوصية.

(وإن فُدي)؛ أي: فداه الورثة (.. فلا) تبطل الوصية؛ لأن الفداء كان في مالهم [٨٠٢/أ].

(ولو أوصى لزيد بثلث ماله، وترك عبداً، فادعى زيد عتقه في الصحة، والوارث عتقه في المرض.. فالقول للوارث، ولا شيء لزيد، إلا أن يفضل الثلث عن قيمته، أو يبرهن) زيد (على دعواه)، وهو: أن العتق كان في الصحة.

وهذا: لأن الموصى له يدعي استحقاق ثلث ماله سوى العبد؛ لأن العتق في الصحة ليس بوصية، فينفذ من جميع المال، والوارث ينكر ذلك؛ لأن العتق في المرض: وصية، وهو مقدم على غيره من الوصايا، فذهب الثلث بالعتق، وبطل حق

وَلَوِ ادّعى رجلٌ على الْمَيِّتِ ديناً، وَالْعَبْدُ إعتاقَهُ فِي صِحَّتِهِ، وصدَّقهما الْوَارِثُ.. سعى العَبْدُ فِي قِيمَتِهِ، وتدفعُ إِلَى الْغَرِيمِ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يسْعَى.

الموصى له بالثلث، فكان منكراً لاستحقاق الموصى له، والقول: قول المنكر مع يمينه، ثم إذا فضل شيء من الثلث عن قيمة العبد.. سلم للموصى له ذلك الفضل.

وإن برهن على دعواه.. يكون له ثلث جميع المال، سوى العبد.

(ولو ادعى رجل على الميت ديناً، و)ادعى (العبد إعتاقه في صحته)؛ أي: صحة الميت، ولا مال له غير ذلك العبد، (وصدقهما)؛ أي: الدائن والعبد: (الوارث.. سعى العبد في قيمته، وتدفع)؛ أي: تلك القيمة (إلى الغريم) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: لا يسعى) في شيء؛ لأن الدين والعتق ظهرا في الصحة معاً بتصديق الوارث في كلام واحد، فصار كأنهما وجدا معاً، وثبت ذلك بالبينة، والعتق في الصحة: لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين.

ولأبي حنيفة: أن الإقرار بالدين أقوى من الإقرار بالعتق، ولهذا يعتبر إقراره بالدين من جميع ماله، وبالعتق من الثلث، والأقوى يدفع الأدنى، فصار كإقرار المورث نفسه؛ بأن ادعى عليه رجل ديناً، وادعى عبدُه عتقاً في الصحة، فقال في مرضه: صدقتما.. فإنه يعتق العبد، ويسعى في قيمته، فكذا هذا، قضية دفع الأقوى: أن يبطل العتق أصلاً، إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان، فأبطلناه من حيث المعنى بإيجاب السعاية عليه.

قال في «الزيلعي»: وعلى هذا الخلاف ما إذا مات فترك ألف درهم، فقال رجل: على الميت ألف درهم ديناً، وقال الآخر: هذا الألف لي كان عنده وديعة.. فعند أبي حنيفة: الوديعة أولى، وعندهما: سواء؛ كذا في «الهداية».

وقال في «النهاية»: ذكر فخر الإسلام والكاشاني: فقال لو ترك ألفاً، وهذا يدعي ديناً، وذلك قال: هو مودعي، والابن قد صدق هذين معاً [٨٠٢/ب].. استويا.

وَإِنِ اجْتمعت وَصَايَا وضاقَ الثُّلُثُ عَنْهَا.. قُدِّمَتِ الْفَرَائِضُ وَإِن أَخّرهَا؛ فَإِن تَسَاوَت فِي الْفَرْضِيَّةِ أَو غَيرِهَا.. قُدِّمَ مَا قدَّمَهُ.

وَقيلَ: تقدَّمُ الزَّكَاةُ على الحجِّ.

وَقيلَ: بِالْعَكْسِ.

وَيُقدَّمُ الْحَجُّ وَالزَّكَاةَ على الْكَفَّارَاتِ فِي الْقَتْلِ وَالظِّهَارِ وَالْيَمِينِ، وَ.....

وجه قول من يقدم الوديعة: أن الوديعة تثبت في عين الألف، والدين يثبت في الذمة أولاً، ثم ينتقل إلى العين، فكانت الوديعة أسبق، فكان صاحبها أسبق.

ووجه قول من سوى بينهما: أن الوديعة لم تظهر إلا مع الدين، فيستويان.

(**وإن اجتمعت وصايا**)، بعضها واجب؛ كالحج والزكاة والكفارات، وبعضها نفل، (**وضاق الثلث عنها**)؛ أي: عن الوصايا (**.. قدمت الفرائض**)؛ لأنها أهم من النافلة.

قال في «قاضي خان»: رجل أوصى بأن يعطي مائة درهم للفقراء، ومائة درهم للأقرباء، وأن يطعم الفقراء لما ترك من الصلوات الخمس، فمات وعليه صلوات شهر، وثلث ماله لا يبلغ جميع وصيته.. قال أبو بكر محمد بن الفضل: يقسم الثلث على: مائة للفقراء، وعلى مائة للأقرباء، وعلى قيمة ما يبلغ من قيمة الطعام لكل صلاة: منوَين من الحنطة؛ فما أصاب الأقرباء.. أعطوا من ذلك، وما أصاب الفقراء والطعام.. أدي الطعام أولاً، ويجعل النقصان في حصة الفقراء. انتهى.

فقدم الطعام على الفقراء؛ لأنه أهم (**وإن**) وصلية (**أخرها**) الموصي.

(**فإن تساوت في الفرضية**)؛ بأن كانت كلها فريضة، (**أو غيرها**) كلها نافلة (**..قدم ما قدمه**)؛ لأن الظاهر أن الإنسان يبتدئ بالأهم.

(**وقيل: تقدم الزكاة على الحج**)، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف.

(**وقيل: بالعكس**)، وهو الرواية الأخرى عن أبي يوسف، وهو قول محمد.

(**ويقدم الحج والزكاة على الكفارات في القتل والظهار واليمين، و**)تقدم

الْكَفَّارَاتُ على صَدَقَةِ الْفطرِ، وَصدقَةُ الْفطرِ على الْأُضْحِيَةِ.

وَإِن أوصى بِحجَّةِ الْإِسْلَامِ.. أَحجُّوا عَنهُ رجلاً مِن بَلَدِهِ رَاكِباً إِن وَفَتِ النَّفَقَةُ، وإِلَّا.. فَمن حَيْثُ تفي.

وَإِن خَرَجَ حَاجّاً فَمَاتَ فِي الطَّرِيقِ، وَأَوصى أَن يُحَجَّ عَنهُ.. حُجَّ عَنهُ مِن بَلَدِهِ.

وَعِنْدَهُمَا: مِن حَيْثُ مَاتَ اسْتِحْسَاناً.

(الكفارات على صدقة الفطر وصدقة الفطر، على الأضحية).

(وإن أوصى بحجة الإسلام.. أحجوا عنه رجلاً من بلده راكباً) لأن الواجب عليه أن يحج من بلده.. فكذا: يجب عليه الإحجاج كما وجب عليه؛ لأن الوصية لأداء الواجب عليه.

وإنما شرط أن يكون راكباً؛ لأنه لا يلزمه أن يحج ماشياً، فوجب عليه الإحجاج على ذلك الوجه.

(إن وفت النفقة، وإلا)؛ أي: وإن لم تف النفقة (.. فمن حيث تفي).

والقياس: أن لا يحج عنه إذا لم تف النفقة؛ لأنه أوصى بالحج على صفة، وقد عدمت تلك الصفة فيه.

وجه الاستحسان: أن مقصوده تنفيذ الوصية، فيجب تنفيذها ما أمكن، ولا يمكن على هذا الوجه، فيؤتى به على وجه يمكن، وهو أولى من إبطاله.

(وإن خرج) من بلده (حاجاً فمات [٨٠٣/أ] في الطريق، وأوصى أن يحج عنه.. حج عنه من بلده) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: من حيث مات استحساناً)؛ لأن سفره بنية الحج وقع قربة، وسقط فرض قطع المسافة بقدره، وقد وقع أجره على الله تعالى؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنۢ

وعَلى هَذَا الْخلاف: إِذا مَاتَ الْحَاجُّ عَن غَيرِهِ فِي الطَّرِيق.

بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾.. الآية، ولم ينقطع سفره بموته، بل يكتب له حج مبرور، فيبدأ من ذلك المكان.

بخلاف ما إذا خرج من بيته للتجارة؛ لأن سفره لم يقع قربة، فيحج عنه من بلده.

ولأبي حنيفة: أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده؛ لأنه الواجب عليه كما تقدم، وعمله قد انقطع بالموت، والمراد بالمتلو: في حق أحكام الآخرة من الثواب.

وهذا الخلاف فيمن له وطن.

وأما من لا وطن له.. فيحج عنه من حيث مات بالإجماع؛ لأنه لو حج بنفسه: إنما كان يحج من حيث هو؛ فكذا إذا حج عنه غيره.

(وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق)؛ حيث يحج عنه ثانياً من وطنه عند أبي حنيفة.

وعندهما: من حيث مات، وقد تقدم تفصيله في كتاب الحج.

* * *

(بَابُ الْوَصِيَّةِ للأَقاربِ وَغَيرِهم)

جَارُ الْإِنْسَانِ: ملاصقُهُ.

وَعِنْدَهُمَا: مَن يسكنُ محلَّةً ويجمعُهم مسجُدها.

وَيَسْتَوِي السَّاكِنُ وَالْمَالِكُ، وَالذَّكَرُ والأُنثى، وَالْمُسلم وَالذِّمِّيُّ.

(بَابُ الوَصِيَّةِ)

(لِلأَقَارِبِ وَغَيْرِهِم)

(جار الإنسان: ملاصقه)؛ فلو أوصى لجيرانه.. فهم الملاصقون بداره، فتصرف الوصية إليهم، وهذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: من يسكن محلة، ويجمعهم مسجدها)؛ أي: مسجد محلته، وهذا استحسان.

وجهه: أن كل من يسكن محلة ويجمعهم مسجدها: يسمون جيراناً عرفاً وشرعاً، قال ﷺ: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»، ففسر: بكل من يسمع النداء.

ولأن المقصود بالوصية للجيران: أن يبرهم ويحسن إليهم، وإحسانه يعمُّ الملاصقين وغيرهم، إلا أنه لا بد من الاختلاط؛ لتحقق معنى الاسم، والاختلاط: عند اتحاد المسجد، ولهذا شرط اتحاد المسجد.

ولأبي حنيفة - وهو القياس -: أن اسم الجار مأخوذ من المجاورة، وهي الملاصقة، ولهذا لا يستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار، ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع.. صرف إلى أخص الخصوص، وهو الملاصق، ولهذا: لا يدخل عليه جار المحلة، ولا جار الأراضي، ولا جار القرية.. فوجب صرفه إلى أخص الخصوص.. وهو الملاصق.

(ويستوي الساكن والمالك، والذكر والأنثى، والمسلم والذمي)؛ لأن اسم الجار يتناول الكل.

ويدخل فيه: العبد الساكن، عنده؛ لإطلاق الاسم.

ولا يدخل [٨٠٣/ب] عندهما؛ لأن الوصية له وصية لمولاه، وهو ليس بجار.

وتدخل فيه الأرملة؛ لأن سكناها يضاف إليها.

ولا تدخل التي لها بعل؛ لأن سكناها غير مضافة إليها، وإنما هي تبع، فلم تكن جاراً حقيقة؛ كما في «الزيلعي».

وقال في «العناية»: قال محمد في «الزيادات»: وينبغي على قياس قول أبي حنيفة: أن يدخل السكان تحت الوصية: الجيران المتلازقين وإن كانوا لا يملكون المسكن.

ومن كان مالكاً ولم يكن ساكناً.. لا يدخل.

قال أبو بكر بن شاهويه: هذه كدخدائية من محمد في مذهب أبي حنيفة، وليس كذلك؛ فإنه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة، وهي للملاك، وأقول: ينبغي على قول محمد: أن لا يدخل الذمي؛ لأن المسجد لا يضمه، إلا إذا أريد باتحاد المسجد: سماع الأذان. انتهى.

وقال في «قاضي خان»: رجل أوصى بثلث ماله لجيرانه؛ قال بعضهم: إن كانوا يحصون.. تقسم الوصية على أغنيائهم وفقرائهم.

وكذا: لو قال: لأهل مسجد كذا.

ولو أوصى لمجاوري مكة.. قال أبو نصر: الوصية جائزة؛ فإن كانوا لا يحصون.. تصرف لأهل الحاجة منهم، وإن كانوا يحصون.. قسمت على رؤوسهم. انتهى.

فظهر منه: أن الجيران إن لم يحصوا.. كانت الوصية باطلة؛ لأن لفظ الجيران ليس بمشعر الحاجة حتى تصرف الوصية إلى فقرائهم، ولم يمكن تصحيحه بطريق التمليك للكل؛ للجهالة الفاحشة.

وصِهرُهُ: مَن هُوَ ذُو رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنِ امْرَأَتِهِ.

وَخَتَنُهُ: مَن هُوَ زَوجُ ذَاتِ رحمٍ مُحرَّمٍ مِنْهُ.

يَسْتَوِي فِي ذَلِكَ الْحرُّ وَالْعَبْدُ، وَالْأَقْرَبُ والأَبعدُ،......................

ولم يذكر المصنف في الوصية للجيران: الإحصاء؛ لأن الملاصق ومن يسكن محلته ويجمعهم مسجدها على المذهبين: يكونون يحصون غالباً.

(وصهره: مَن هو ذو رحم محرم من امرأته)؛ يعني: أوصى بصهره.. يدخل فيه ذو رحم محرم من امرأته.

هذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة.

وفي «الصحاح»: الأصهار: أهل بيت المرأة، ولم يقيده بالمحرم.

ويؤيد تفسير محمد: ما روي أنه ﷺ لما تزوج صفية.. أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها؛ إكراماً لها، وكانوا يسمون: «أصهار النبي ﷺ».

وهكذا ذكره في «الهداية» وقال: وكذا يدخل في الصهر: كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه، وزوجة ابنه، وزوجة كل ذي رحم محرم منه؛ لأن الكل أصهار.

ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدته من طلاق رجعي.. فالصهر يستحق الوصية، وإن كانت [٨٠٤/أ] في عدة من طلاق بائن.. لا يستحقها مطلقاً؛ لأن بقاء الصهرية: ببقاء النكاح، وهو الشرط وقت الموت. انتهى.

(وخَتَنُه) بفتحتين، جمعه أختان: (من هو زوج ذات رحم محرم منه)؛ أي: من الموصي؛ كأزواج البنات والأخوات والعمات والخالات.

قال في «المصباح» نقلاً عن الجوهري: والخَتَن بفتحتين عند العرب: كل من كان من قبل المرأة؛ كالأب والأخ، وختن الرجل عند العامة: زوج ابنته. انتهى.

فتفسير المصنف: على عرف العامة.

(يستوي في ذلك)؛ أي: في الختن: (الحر والعبد، والأقرب والأبعد)؛ لأن اللفظ يتناول الكل.

وأَقارِبُهُ وأَقرِباؤُهُ، وذُو قَرَابَتِهِ وأرحامِهِ، وذو أَرحامِهِ وأَنسابِهِ: الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ مِن كلِّ ذِي رحِمٍ مَحرَمٍ مِنْهُ.

وَلَا يدْخلُ فِيهِ الْوَالِدَانِ وَالْولدِ.

وَفِي الْجدِّ: رِوَايَتَانِ.

وَإِن لم يكن لَهُ ذُو رحِمٍ مَحرَمٍ.. بَطلَتْ.

وَتَكونُ للإثنينِ فَصَاعِداً.

(وأقاربه، وأقرباؤه، وذو قرابته، وأرحامه، وذو أرحامه، وأنسابه)؛ أي: لو أوصى لواحد مما ذكر - يراد به: (الأقرب فالأقرب، من كل ذي رحم محرم منه)؛ أي: من الموصي.

(ولا يدخل فيه: الوالدان)؛ أي: الأب والأم، (والولد) ذكراً أو أنثى.

(وفي الجد: روايتان).

وكذا: في الجدة: روايتان؛ ففي ظاهر الرواية: يدخلان.

وكذا الحال: في ولد الولد، على ما في «الزيلعي».

أما عدم دخول الوالدان.. لأنهم لا يسمون أقرباء عادة، ومن سمى والده أو ولده قريباً.. كان منه عقوقاً؛ إذ القريب في عرف اللغة: من يتقرب إلى غيره بواسطة غيره، والوالد والولد يقربا بنفسها بلا واسطة.

(وإن لم يكن له)؛ أي: للموصي (ذو رحم محرم.. بطلت) الوصية.

(وتكون) تلك الوصية (للاثنين فصاعداً)؛ لأن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث يراد بالجمع: ما فوق الواحد، فكذا في الوصية، والمذكور في هذه الوصية: لفظ الجمع، فيراد به المثنى. هذا كله عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: مَن يُنْسَبُ إِلَى أَقْصَى أَبٍ لَهُ فِي الْإِسْلَامِ؛ بِأَن أَسلَمَ أَو أَدْرك الْإِسْلَامَ وَإِن لم يسلم.

(وعندهما): هذه الوصية لكل (من ينسب إلى أقصى أب له)؛ أي: من ينسب إلى الموصي من قبل الأب أو من قبل الأم إلى أقصى أب له (في الإسلام؛ بأن أسلم) أقصى أب، (أو أدرك الإسلام وإن) وصلية (لم يسلم).

اختلف في اشتراط إسلام أقصى أب:

قيل: إنه شرط.

وقيل: لا، بل الشرط إدراكه الإسلام وإن لم يسلم.

وثمرة الخلاف: تظهر فيما لو أوصى أحد من أولاد علي لأقربائه؛ فمن شرط الإسلام.. صرفه إلى أولاد علي لإسلامه، لا إلى أولاد أبي طالب؛ لعدم إسلامه.

ومن اكتفى بإدراكه الإسلام.. صرفها إلى أولاد أبي طالب؛ لإدراكه الإسلام، فيدخل فيه أولاد عقيل وجعفر، ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالإجماع [٨٠٤/ب]؛ لأنه لم يدرك الإسلام.

لهما: أن اسم القريب يتناول الكل؛ لأنه مشتق من القرابة، فيكون اسماً لكل من قامت القرابة به، فيتناول مواضع الخلاف.

ولأبي حنيفة: أن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث: يعتبر الأقرب فالأقرب؛ فكذا في أخته؛ لأن الأخت لا تخالف الأخ في الأحكام.

قالوا: ويستوي فيه الحر والعبد، والمسلم والكافر، والصغير والكبير، والذكر والأنثى، على المذهبين؛ مذهب أبي حنيفة، ومذهب صاحبيه.

وإنما تكون لاثنين فصاعداً عند أبي حنيفة؛ لأن المذكور فيه بلفظ الجمع، وفي الميراث.. يراد بالجمع: المثنى؛ فكذا في الوصية؛ لأنها أخته.

فَمن لَهُ عمَّانِ وخالانِ: الْوَصِيَّةُ لعمَّيهِ.

وَعِنْدَهُمَا: للْكُلِّ على السَّوَاءِ.

وَمَن لَهُ عَمٌّ وخالانِ: نصفُ الْوَصِيَّةِ لِعَمِّهِ، وَنِصْفهَا بَينَ خالَيه.

وَإِن لَهُ عمّ فَقَط.. فنصفُها لَهُ.

وقال في «الزيلعي»: هذا ظاهر في الأقارب ونحوه، وأما في الأنساب.. فمشكل؛ لأنه جمع نسب، وفيه لا تدخل قرابته من جهة الأم؛ فكيف دخلوا فيه هنا؟ انتهى.

(**فمن له عمّان وخالان.. الوصية لعميه**) عند أبي حنيفة؛ أي: لو أوصى لأقاربه.. وله عمان وخالان.. فالوصية لعميه عنده؛ لأنه يعتبر الأقرب فالأقرب في الوصية لأقاربه وأقربائه كما تقدم، والعمان: أقرب من الخالين كما تقدم.

(**وعندهما: للكل على السواء**)؛ يعني: يقسم بينهما أرباعاً؛ لأن الاسم يتناولهم، وهما لا يعتبران الأقرب؛ كما تقدم.

(**ومن له عم وخالان: نصف الوصية لعمه، ونصفها بين خاليه**) عند أبي حنيفة؛ لأن اللفظ جمع.. فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه، وهو الاثنان في الوصية، فيضم إلى العم خالان، فيصير جمعاً، فيأخذ هو النصف؛ لأنه أقرب، ويأخذ الخالان النصف؛ لعدم من يتقدم عليهما في القرابة.

وعندهما: يقسم أثلاثاً بينهم؛ لما تقدم.

هذا إذا أوصى لأقاربه أو أقربائه بلفظ الجمع بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته؛ حيث يكون جميع الوصية للعم، ولا شيء للخال؛ لأنه لفظ واحد، فيحوز الواحد جميع الوصية عنده؛ لأنه أقرب، ولا حاجة إلى ضم الخال إلى العم لتصحيح معنى الجمع؛ لأن اللفظ مفرد.

(**وإن**) كان (**له**)؛ أي: للموصي فيما إذا أوصى للأقارب أو الأقرباء بلفظ الجمع (**عمّ فقط.. فنصفها له**)؛ أي: للعم؛ لما تقدم أنه لا بد من اعتبار معنى الجمع فيه،

وَإِن عَمٌّ وعمَّةٌ، وخالٌ وَخَالَةٌ.. فَالْوَصِيَّةُ للعمِّ والعمَّةِ على السَّوَاءِ.

وَعِنْدَهُمَا: الْوَصِيَّةُ لِلْكُلِّ على السَّوِيَّةِ فِي جَمِيعِ ذَلِك.

وَأَهلُ الرَّجُلِ: زَوجتُهُ.

وَعِنْدَهُمَا: مَن يعولُهم وتضمُّهم نَفَقَتُهُ.

وَآلهُ: أهلُ بَيتِهِ.

وأقله: اثنان في الوصية، فيكون لكل منهما نصف، فيعطى للعم نصف، ويرد النصف الآخر إلى الورثة ممن لا يدخل في الأقارب من الوالدين والولد [٨٠٥/أ] كما تقدم؛ لعدم من يستحقه سوى الورثة.

(وإن) كان له (عم وعمة، وخال وخالة.. فالوصية للعم والعمة على السواء)؛ لأن قرابتهما مستويان، ومعنى الجمع تحقق فيهما.. فاستحقا الوصية جميعاً على السواء، ولا شيء للخال والخالة منها؛ لأن العم والعمة أقرب، ولا حاجة للضم إليهما؛ لوجود نصاب الجمع مع العم والعمة بدونهما. هذا كله عند أبي حنيفة.

(وعندهما: الوصية للكل) من العم والعمة والخال والخالة (على السوية في جميع ذلك)؛ لأنهما لم يعتبرا الأقرب فالأقرب، بل اعتبرا تناول الاسم كما تقدم.

(وأهل الرجل: زوجته) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: من يعولهم وتضمهم نفقته)؛ أي: من كان في عياله ونفقته غيرَ مماليكه؛ اعتباراً للعرف، قال الله تعالى: ﴿فَأَنجَيْنَٰهُ وَأَهْلَهُۥٓ إِلَّا ٱمْرَأَتَهُۥ﴾، والمراد: من كان في عياله.

ولأبي حنيفة: أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة، قال الله تعالى: ﴿قَالَ لِأَهْلِهِ﴾؛ أي: لامرأته، يقال: تأهَّل؛ أي: تزوج.

(وآله: أهل بيته)؛ لأن الآل: القبيلة التي ينسب إليها، فيدخل فيه كل من ينسب إليه من ابنه إلى أقصى أب له في الإسلام، الأقرب والأبعد، والذكر والأنثى، والمسلم والذمي، والصغير والكبير: سواء.

وَأَبوهُ وجدُّهُ مِن أَهلِ بَيتِهِ.

وَأَهلُ نسبِهِ: مَن يُنْسَبُ إِلَيْهِ مِن جِهَةِ الْأَبِ.

وجِنسُهُ: أَهلُ بَيتِ أَبِيهِ.

وَالْوَصِيَّةُ لبني فلَانٍ، وَهُوَ أَبُ صلبٍ.. للذكورِ خَاصَّة.

وَعِنْدَهُمَا - وَهُوَ رِوَايَة عَن الإِمَامِ -: يدخلُ الْإِنَاثُ أَيْضاً.

ولوَرَثَةِ فلَانٍ: للذّكر مثلُ حَظّ الْأُنْثَيَيْنِ.

ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الأخوات، ولا أحد من قرابة أمه؛ كذا في «الزيلعي».

(وأبوه وجده من أهل بيته)، فيدخلان في الوصية للآل.

(وأهل نسبه: من ينسب إليه من جهة الأب)؛ لأن النسب يعتبر من الآباء لا من الأمهات.

(وجنسه: أهل بيت أبيه)؛ لأن الإنسان يتخصص بأبيه، فصار كآله ونسبه.

(والوصية لبني فلان وهو) - أي: والحال يراد به؛ أي: بلفظ بني فلان معناه الإضافي أعني - (أب صلب)، بخلاف ما إذا لم يرد به معناه الإضافي، بل يراد به اسم قبيلة أو فخذ؛ فإن حكمه سيأتي مصرحاً (.. للذكور خاصة) عند أبي حنيفة.

(وعندهما - وهو رواية عن الإمام -: يدخل الإناث أيضاً).

لهما: أن جمع الذكور يتناول الإناث أيضاً.

وله: أن حقيقة الاسم للذكور، وانتظامه الإناث تجوُّز، والأصل في الكلام: الحقيقة (ولورثة فلان: للذكر مثل حظ الأنثيين)؛ أي: كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين؛ لأن الاسم مشتق من الوراثة، والوراثة بين أولاده وإخوته كذلك.. فكذلك الوصية؛ لأن التنصيص على المشتق [٥٠٨/ب]: يدل على ترتب الحكم على مأخذ الاشتقاق.

ولولد فلَان: للذّكرِ وَالْأُنْثَى على السَّوَاءِ.

وَلَا يدْخلُ أَوْلَادُ الابْنِ عِنْدَ وجودِ أَوْلَادِ الصُّلبِ.

ويدخلونَ عِنْدَ عدمِهم دونَ أَوْلَادِ الْبِنْتِ.

قال في «الزيلعي»: شرط هذه الوصية: أن يموت الموصى لورثته قبل موت الموصي، حتى يعلم ورثته من هم؛ أما لو مات الموصي قبل موت الموصى لورثته.. بطلت الوصية.

(ولولد فلان: للذكر والأنثى على السواء)؛ لأن لفظ الولد ينتظم الكل.

(ولا يدخل أولاد الابن عند وجود أولاد الصلب، ويدخلون)؛ أي: أولاد الابن (عند عدمهم)؛ أي: عدم أولاد الصلب، (دون أولاد البنت).

قال في «العناية»: ومن أوصى لولد فلان.. ففلان: إما أن يكون أباً خاصاً، أو فخذاً.

• فإن كان الأول.. فالوصية تناولت الأولاد الصلبية دون أولادهم الذكر والأنثى، عند الانفراد والاختلاط: سواء؛ لأن اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاماً واحداً بطريق الحقيقة، وولد الولد مجاز لا يصار إليه عند إمكان العمل بالحقيقة.

فإن لم يكن له ولد من الصلب.. يدخل أولاد الأبناء رواية واحدة.

وفي أولاد البنات: روايتان.

هذا ظاهر الرواية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن الوصية لولد فلان: يتناول الولد وولد الولد أيضاً، فَهِمَ ذلك من قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾.

قال القدوري: والصحيح: أنهم لا يدخلون.

• وإن كان الثاني.. يدخلون وإن كان الصلبي قائماً؛ لأن فلاناً إذا كان فخذاً.. فبنوه وبناته لا تخلو عن الأولاد عادة، فتكون مرادة: فتدخل.

وَإِن أَوصى لبني فلَانٍ وَهُوَ أَبُو قَبيلَةٍ لَا يُحصَونَ.. فَهِيَ بَاطِلَةٌ.

وَإِن لأَيتامِهِم، أَو عُميانِهِم، أَو زُمناهم، أَو أَرامِلِهم.. فللغنيّ وَالْفَقِير مِنْهُم،

بخلاف ما إذا كان أباً خاصاً؛ فإن بنيه وبناته قد تخلو عن الأولاد، فلا تكون مرادة. انتهى.

(**وإن أوصى لبني فلان وهو**)؛ أي: لفظة «فلان» (**أبو قبيلة**)؛ أي: اسم قبيلة لا معناه الإضافي؛ أعني: ابن صلب كما تقدم (**لا يحصون.. فهي باطلة**)؛ لأنه حينئذ لا يمكن التمليك، والوصية تمليك.

حتى لو كانوا يحصون.. فالوصية صحيحة، يدخل فيه الذكر والأنثى، ومولى العتاقة والموالاة.

والحاصل: أنه إذا أوصى لبني فلان.. فلا يخلو:

إما أن يريد مفهومه الإضافي؛ أي: ابن الصلب.

أو يكون اسم قبيلة لا يحصون.

أو اسم قبيلة يحصون.

أو اسم فخذ:

فإن كان الأول.. فحكمه تقدم من قبل.

وإن كان الثاني.. فهي باطلة.

وإن كان الثالث والرابع.. فهي صحيحة، يدخل فيه الذكر والأنثى، ومولى العتاقة والموالاة؛ لأن المراد به حينئذ: مجرد الانتساب؛ كبني آدم [٨٠٦/أ]؛ كذا في «العناية».

وقال في «الدرر»: الفخذ في العشائر: أقل من البطن، أولها: الشعب، ثم القبيلة، ثم الفصيلة، ثم العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ.

(**وإن**) كانت الوصية (**لأيتامهم**)؛ أي: أيتام بني فلان، (**أو عميانهم، أو زمناهم، أو أراملهم.. فللغني والفقير منهم**)؛ أي: من هؤلاء.

وَالذَّكرِ وَالْأُنْثَى إِن كَانُوا يُحصَونَ.

وللفقراءِ مِنْهُم خَاصَّةً إِن كَانُوا لَا يُحصَونَ.

(**والذكر والأنثى**)؛ أي: يدخل في الوصية لهؤلاء: أغنياؤهم وفقراؤهم، وذكورهم وإناثهم.

الأرامل: جمع أرمل، وهو: الذي لا يقدر على شيء، رجلاً كان أو امرأة، من «أَرْمَلَ» إذا افتقر.

وقيل: الأرمل في النساء خاصة.

والمختار عند المصنف: هو الأول؛ حيث قال: والذكر والأنثى، وهو مختار صاحب «الهداية» أيضاً، وهو المروي عن الشعبي.

(**إن كانوا يحصون**)؛ لتحقق إمكان التمليك حينئذ.

(**وللفقراء منهم**)؛ أي: من بني فلان (**خاصة إن كانوا لا يحصون**)؛ لأن المقصود من الوصية: القربة وهي في سد الحاجة ورد الجوعة، وهذه الأسامي تشعر تحقيق الحاجة، فجاز حمله على الفقراء.

واختلفوا في تعرف الإحصاء:

قال بعضهم: هو أن لا يحتاج في الإحصاء إلى كتاب وحساب؛ فإن احتيج إلى ذلك.. فهم لا يحصون، وهذا هو المروي عن أبي يوسف.

وقال بعضهم - وهو المروي عن محمد -: إذا كانوا أكثر من مائة.. فإنهم لا يحصون.

وقال بعضهم: هو مفوض إلى رأي القاضي، قال في «قاضي خان»: وعليه الفتوى.

والأيسر: ما قال محمد.

ولو أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون، أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصون.. تبطل الوصية.

ولمواليه: فَهِيَ لِمَن أَعتَقَهم فِي الصِّحَّةِ، أَو الْمَرَضِ.......................

وإن كانوا يحصون.. تصح الوصية، ويدخل فيها الغني والفقير.

وهل يدخل الذكر في الأيامى مثل الأنثى؟

ففقيه اختلاف:

فقال الكرخي: إنه يدخل؛ لأن الأيم هي: التي لا زوج لها؛ بكراً كانت أو ثيباً، ويقال: رجل أيم أيضاً.

وقال محمد: الأيم: هي الثيب من النساء خاصة.

قال في «العناية»: وإنما بطلت الوصية في الشبان والأيامى عند عدم الإحصاء.. لأنه ليس في اللفظ ما يدل على الحاجة والفقر حتى تصرف الوصية إلى الفقراء، ولا يمكن تصحيحه تملكياً في حق الكل؛ للجهالة الفاحشة بسبب عدم الإحصاء، فبطلت. انتهى.

(ولمواليه)؛ أي: لو أوصى لمواليه:

فإن كان له المولى الأعلى والأسفل.. فالوصية باطلة على ما سيصرح به.

وإن لم يكن له المولى الأعلى، بل له المولى الأسفل [٨٠٦/ب].. فالوصية جائزة.

(.. فهي)؛ أي: هذه الوصية: (لمن أعتقهم)؛ أي: أعتقهم الموصي، وهم المولى الأسفل.

(في الصحة أو) في (المرض)؛ لتناول اللفظ إياهم.

ولا يدخل فيها مدبَّروه وأمهات أولاده؛ لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت؛ لأن المتوقف على الشيء لا بالعلية.. يتبعه وجوداً، والوصية تضاف إلى حالة الموت؛ لأنها أخت الميراث، والميراث كذلك.. فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت، ولم يوجد فيهما.

ولأَولادهِم.

وَلَا يدْخلُ مَولى الْمُوَالَاةِ، وَلَا موَالِي الموَالِي.. إلَّا عِنْدَ عَدَمِهم.

وعن أبي يوسف: أنهم يدخلون؛ لأن سبب استحقاق الولاء - وهو التدبير والاستيلاد -: ثابت.

قالوا: والأصح: هو الأول؛ لأنهم لا ينسبون إليه بالولاء بنفس الاستحقاق، بل بالإحياء الحاصل بالعتق، وذلك إنما يكون بعد الموت.

ويدخل فيها بالإجماع: عبد قال له مولاه: «إن لم أضربك فأنت حر»؛ لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه، فيتحقق فيه اسم المولى قبيل الموت؛ كذا في «الهداية».

(ولأولادهم)؛ أي: أولاد من أعتقهم الموصي؛ لأن نسبتهم إليه بالولاء للمعتق الذي باشر في آبائهم، والفروع أجزاء الأصول، فكان إطلاق «المولى»: حقيقة فيهم؛ كما في أصولهم، ولهذا لا يصح نفي اسم الموالي عنهم؛ كذا في «العناية».

(ولا يدخل) في الوصية لمواليه: (مولى الموالاة)، وهو شخص مجهول النسب قال لآخر: أنت مولاي، ترثني إذا مت، وتعقل عني إذا جنيت، وقال الآخر: قبلت.

وعن أبي يوسف: أنهم يدخلون أيضاً في هذه الوصية، والكل شركاء؛ لأن الاسم يتناولهم على السواء.

وقال محمد: إن جهة الولاء مختلفة؛ لأنها في المعتق: الإنعام، وفي موالي الموالاة: عقد الالتزام، والإعتاق لازم، فكان الاسم له أحق؛ كذا في «الهداية».

(ولا موالي الموالي)؛ لأنهم موالي غيره حقيقة، بخلاف مواليه وأولاد مواليه؛ لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه؛ لأن إضافة المشتق في لفظة «مواليه»: تفيد اختصاص معناه إلى المضاف إليه باعتبار مفهومه؛ مثلاً: «مكتوب زيد»: ما يختص به باعتبار مكتوبيته.

(إلا عند عدمهم)؛ أي: عدم مواليه الحقيقية، وهي الموالي بولاء العتاقة؛ فإن

وَتبطلُ إِن كَانَ لَهُ معتِقون ومعتَقونَ.

الموالي حقيقة: هم الذين وقع عليهم العتق، وموالي الموالي: ينسب إليه مجازاً، فلا يتناولهم الاسم إلا عند عدم الموالي الحقيقية؛ لأن المجاز لا يصار إليه عند تعذر الحقيقة.

فلو كان له [٨٠٧/أ] معتق واحد، وموالي موالاة أو موالي الموالي.. فالوصية: نصفها لمعتق واحد، ونصفها للورثة؛ لأن اسم الجمع يتناول الاثنين فصاعداً، فيستحق الواحد النصف، ويسقط مولى الموالاة ومولى الموالي؛ لتعذر العمل بالحقيقة والمجاز، فيصرف إلى الورثة.

(**وتبطل**) الوصية لمواليه (**إن كان له**)؛ أي: للموصي لمواليه (**معتِقون**) على صيغة اسم الفاعل، (**ومعتَقون**) على صيغة المفعول؛ أي: لو أوصى لموالي فلان، ولفلان: موال أعتقهم، وموال أعتقوه.. فالوصية باطلة.

وقال الشافعي في رواية عنه: إن الوصية لهم جميعاً.

وفي رواية أخرى عنه: إن الوصية توقف حتى يصالحوا.

له: أن الاسم يتناولهم جميعاً؛ لأن كلاً منهم يسمى: «مولى»، فصار كالإخوة في التناول على: بني الأعيان، وبني العلات، وبني الأخياف[1].

ولنا: أن جهة الولاية مختلفة؛ لأن المولى الأعلى: مولى النعمة؛ فهم المنعمون، والأسفل منعهم عليهم، فصار مشتركاً لفظياً.. فلا ينتظمهما معاً في موضع الإثبات:

بخلاف موضع النفي؛ بأن حلف لا يكلم موالي فلان؛ حيث يتناول: الأعلى والأسفل؛ لأنه مقام النفي، فيقوم. هكذا ذكره بعض مشايخنا، وهو اختيار شمس الأئمة.

---

(١) أولاد الإخوة الأعيان: هم الإخوة الأشقاء، متحدي الأب والأم.
أولاده الإخوة الأخياف: هم الإخوة من أم واحدة وآباء مختلفين.
أولاد الإخوة العلّات: هم الإخوة من أب واحد، وأمهات شتى.

وَأَقَلُّ الْجمعِ اثْنَانِ فِي الْوَصَايَا كالمواريث.

وعامة أصحابنا: على أن لا عموم للمشترك أصلاً، لا في النفي ولا في الإثبات.

وأجابوا عن مسألة الحلف: بأن ترك الكلام مع الموالي مطلقاً ليس لوقوعه في سياق النفي، بل لأن الحامل على اليمين: بغضه، وهو غير مختلف، فيصير بذلك المعنى كالشيء الواحد.

فإن قيل: سلمنا أن لفظ «الموالي» مشترك بين الأعلى والأسفل، ولكن حكمه: التوقف، لا البطلان؛ فكيف يصح الحكم ببطلانه؟

أجيب: بأن الكلام فيما إذا مات الموصي قبل البيان، والتوقف في مثله لا يفيد، ومن هنا قال في «الدرر» و«التنوير»: إن هذه الوصية باطلة، إلا إن بينه في حياته؛ يعني: وجب الوقف في حياته حتى يقوم منه البيان؛ فإن بيَّن قبل موته.. فبها، وإلا.. بطلت[1].

* * *

(١) نقص من المتن هذه العبارة، وهي موجودة في نسختي المخطوط اللتين اعتمدناها في ضبط المتن، وهو: «وأَقَلُّ الجمعِ: اثنانِ في الوصايا؛ كالمواريثِ».

(بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالْخِدمَةِ وَالسُّكْنَى وَالثَّمَرَةِ)

تصحُّ الْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبدِهِ، وسُكنى دَارِهِ، وبِغلَّتهما مُدَّةً مُعيَّنَةً وأبداً.

فَإِن خرجَ ذَلِكَ مِنَ الثُّلُثِ.. سُلِّمَ إِلَى الْمُوصى لَهُ، وإِلَّا.. قَسِمَتِ الدَّارُ...

(بَابُ الوَصِيَّةِ)

(بِالخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى وَالثَّمَرَةِ)

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان.. شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع.

(تصح الوصية بخدمة عبده، وسكنى داره)؛ لأن المنافع يصح تمليكها في حال الحياة، ببدل وبدونه.. فكذا بعد الممات لحاجة؛ كما في الأعيان، ويكون محبوساً في ملكه في حق [٨٠٧/ب] المنفعة، حتى يتملكها الموصى له على ملك الموصي؛ كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف.

ويجوز مؤقتاً ومؤبداً؛ كما في العارية؛ فإنها تمليك على أصلنا.

بخلاف الميراث؛ فإنه خلافة فيما يتملكه المورِّث، وهو في عين تبقى، والمنفعة عرض لا تبقى، حتى أن الموصى له بالخدمة إذا مات.. لا تورث، كذا في «الدرر».

(وبغلَّتهما مدة معينة، وأبداً)؛ أي: غلة عبده وغلة داره؛ لأنها بدل المنفعة، فأخذت حكمها.

(فإن خرج ذلك)؛ أي: رقبة العبد والدار (من الثلث.. سلم) ذلك؛ أي: رقبتهما (إلى الموصى له)؛ لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة بعد أن خرج من الثلث.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يخرج ذلك من الثلث (.. قسمت الدار).

يعني: لو أوصى بسكنى داره ولم تخرج الدار من الثلث.. قسمت الدار أثلاثاً

وتهايآ فِي العَبْدِ؛ يَوْمَيْنِ لَهُم، وَيَوْماً لَهُ.

للانتفاع بها؛ لأنها تقبل القسمة أجزاء، فتقسم بالأجزاء؛ لأن القسمة أعدل للتسوية بينهما زماناً وذاتاً.

وفي المهايأة: تقديم أحدهما زماناً.

ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان لا بالأجزاء.. يجوز أيضاً؛ لأن الحق لهم، إلا أن الأول أولى؛ لكونه أعدل.

(وتهايآ)؛ أي: يقتسمان مهايأة (في العبد يومين لهم، ويوماً له)؛ أي: يخدم العبد يومين للورثة، ويخدم يوماً للموصى له بخدمته؛ لأن حقه في الثلث، وحقهم في الثلثين؛ كما في الوصية بالعين، ولا يمكن قسمة العبد أجزاء؛ لأنه لا يتجزأ، فصرنا إلى المهايأة بالضرورة؛ إيفاء للحقين.

بخلاف الدار؛ فإنها تقبل القسمة بالأجزاء، فتقسم بالأجزاء كما تقدم.

قال في «العناية»: في هذه المسألة تفصيل، وهو: أنه إذا أوصى بخدمة عبده لشخص، فإما أن قال أبداً، أو جعل ذلك زماناً.

فإن كان الأول وخرجت رقبة العبد من الثلث، أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة التسليم إليه.. سلم إليه ليخدمه.

وإن لم يجزه الورثة.. خدم الورثة يومين، والموصى له يوماً إلى أن يموت العبد.

وإن كان الثاني، فإما أن عين له سنة؛ مثل أن يقول: سنة ست وستين وسبعمائة، أو لم يعين.

فإن عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصي.. بطلت الوصية.

وإن مات الموصي بعد مضي بعض من تلك السنة، أو مات قبل مضيها:

فإن كان العبد يخرج من الثلث أو أجازه الورثة.. فإنه يسلم العبد إلى الموصى له حتى يستوفي وصيته.

وَإِن مَاتَ الْمُوصى لَهُ.. رُدَّتْ إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي.
وإِنْ مَاتَ فِي حَيَاةِ الْمُوصي.. بطلَتْ.

وإن كان [٨٠٨/أ] لا يخرج ولم يجز الورثة.. يخدم الموصى له يوماً و الورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها، ثم سلمه إلى الورثة.

وإن لم يعين:

فإن كان العبد يخرج من الثلث أو لا يخرج وأجازت الورثة.. يسلم العبد إلى الموصى له يستخدمه سنة كاملة، ثم يرده إلى الورثة.

وإن لم يخرج ولم يجزه الورثة.. يخدم الموصى له يوماً، والورثة يومين إلى ثلاث سنين، ثم يرده إلى الورثة.

وهذا الحكم على خلاف ما إذا أوصى بغلة عبده سنة؛ فإن له ثلث غلة تلك السنة. انتهى.

قال في «قاضي خان»: رجل أوصى للمساكين بنزل كرمه ثلاث سنين فمات ولم يحمل كرمه ثلاث سنين شيئاً.. قال نصير: تبطل وصيته.

وقال محمد بن سلمة: لا تبطل.

وقال الفقيه أبو الليث: قول محمد بن سلمة يوافق قول أصحابنا؛ فإنهم قالوا فيمن أوصى بخدمة عبده سنة لفلان، وفلان هذا غائب.. فإن العبد يخدمه سنة بعد رجوعه.

ولو أوصى لفلان بخدمة عبده هذه السنة، فقدم فلان بعد هذه السنة.. بطلت وصيته.

وكذلك الغلة ونزل الكرم. انتهى.

(**وإن مات الموصى له.. ردت إلى ورثة الموصي**).

(**وإن مات**) الموصى له (**في حياة الموصي.. بطلت**) الوصية؛ لأنها إيجاب عند موت الموصي لا قبله، على ما تقدم من قبل؛ فإذا مات الموصى له قبل وقت

وَمَن أوصيَ لَهُ بغلَّةِ الدَّارِ أَوِ العَبْدِ.. لَا يجوزُ لَهُ السُّكْنَى والاستخدامُ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا لِمَنْ أُوصِيَ لَهُ بِالْخدمَةِ وَالسُّكْنَى أَن يُؤَاجر.

الإيجاب.. لم يصح الإيجاب؛ كما لم يصح إيجاب البائع للمشتري بعد موته.

ولو مات الموصى له بعد موت الموصي.. يعود العبد والدار إلى ورثة الموصي.

(**ومن أوصي له بغلة الدار أو العبد.. لا يجوز له السكنى**) في الدار، (**والاستخدام**) للعبد (**في الأصح**)؛ لأنه أوصي له بالغلة، وهي: دراهم أو دنانير، وهذا استيفاء المنفعة نفسها لا الغلة، ولا شك أنهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة؛ فإنه لو ظهر دين.. يمكنهم أداؤه من الغلة باستردادها منه بعد استغلالها، ولا يمكنهم ذلك من المنافع بعد استيفائها بعينه.

قوله: «في الأصح»؛ احتراز عن قول بعض المشايخ: إنه يجوز ذلك؛ لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود.

(**ولا**) يجوز (**لمن أوصي له**)؛ أي: للموصى له (**بالخدمة والسكنى: أن يؤاجر**) العبد والدار؛ لأن الوصية: تمليك بغير بدل، مضاف إلى ما بعد الموت.. فلا يملك تمليكه ببدل [٨٠٨/ب]؛ اعتباراً بالإعارة؛ فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا.

ولهذا: لا يملك المستعير الإجارة؛ لأنها تمليك ببدل؛ كذا هذا.

وكذا: لا يجوز للموصي أن يخرج العبد الموصى بخدمته من البلدة، إلا أن يكون الموصى له مع أهله في غير تلك البلدة.. فحينئذٍ يخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان العبد يخرج من الثلث، وإن لم يخرج من الثلث.. فلا يخرجه منها إلا بإذن الورثة؛ كذا في «الهداية».

وَإِن أَوصى لَهُ بثمرةِ بستانِهِ فَمَاتَ وَفِيه ثَمَرَة.. فَلهُ هَذِهِ فَقَط.

وَإِن زَاد: «أبداً» فَلهُ هي وَمَا يسْتَقْبل.

وَإِن أَوصى لَهُ بصوفِ غنمِهِ، أَو لَبَنِهَا، أَو أَوْلَادهَا.. فَلهُ مَا يُوجدُ مِن ذَلِكَ عِنْدَ مَوتِهِ فَقَط، قَالَ: «أبداً»، أَو لم يقل.

(وإن أوصى) الموصي (له)؛ أي: لرجل (بثمرة بستانه، فمات) الموصي (وفيه)؛ أي: في البستان (ثمرة.. فله)؛ أي: للموصى له (هذه) الثمرة (فقط)؛ أي: لا ما يحدث بعدها.

(وإن زاد) الموصي: (أبداً)؛ بأن قال: ثمرة بستاني له أبداً (.. فله)؛ أي: للموصى له (هي)؛ أي: الثمرة الأولى (وما يستقبل) إلى ما عاش الموصى له.

(وإن أوصى له بصوف غنمه أو لبنها أو أولادها.. فله ما يوجد من ذلك)؛ أي: الصوف أو اللبن أو الأولاد (عند موته)؛ أي: موت الموصي (فقط)؛ أي: لا ما يحدث من ذلك بعده؛ سواء (قال) الموصي: (أبداً، أو لم يقل).

واعلم: أن مسائل الوصية المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدي إلى ما يحدث بعدها.. على وجوه ثلاثة:

- في وجه: إن ذكر الأبد.. يقع [على] الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه.

وإن لم يذكره:

فإن كانت الثمرة موجودة وقت موت الموصي.. تتناولها الوصية.

وإلا.. فالقياس أن تبطل الوصية.

وفي الاستحسان: تقع على الحادث إلى أن يموت الموصى له.

وجه القياس: أن الثمرة حقيقة في الموجود، وإن لم تكن موجودة وقت موته.. تبطل الوصية؛ لأنها لا تقع على المعدوم.

ووجه الاستحسان: أنها تحمل على المجاز عند تعذر الحقيقة؛ صوناً لكلام الموصي عن الإلغاء.

وكلام المصنف ظاهر في جواب القياس.

• وفي وجه: يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له؛ ذكر الأبد أو لم يذكر؛ كالوصية بغلة بستانه أو أرضه أو سكنى داره أو خدمة عبده.

والفرق بينه وبين الوجه الأول: أن الثمرة اسم للموجود.. فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة؛ كالتنصيص على الأبد؛ لأنه لا يتأبد إلا بتناوله المعدوم أيضاً، وأما الغلة.. فتتناول: الموجود، وما هو بعرضية الوجود مرة بعد أخرى [٨٠٩/أ] عرفاً؛ فإن أطلقت.. تتناولهما بلا توقف على دلالة أخرى.

• وفي وجه: يقع على الموجود دون الحادث بعده؛ ذكر الأبد أو لم يذكر؛ كالوصية بالصوف على ظهر غنمه، أو الولد في بطن جاريته، أو بطن غنمه ونحوهما.

والفرق بينه وبين الوجهين الأُوَل: أن القياس يأبى تمليك المعدوم؛ لأنه لا يقبل الملك، إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها؛ كالمعاملة والإجارة، فاكتفي بذلك؛ لجوازه في الوصية بالطريق الأولى؛ لأن بابها أوسع، وأما الولد المعدوم، والصوف على ظهر الغنم، واللبن في الضرع.. لا يجوز أن يرد العقد عليهما أصلاً، ولا يستحق بعقد ما.. فكذلك لا يدخل تحت الوصية.

بخلاف الموجود منها؛ لأنه يجوز: بعقد البيع استحقاقها تبعاً، وبعقد الخلع مقصوداً، فكذا بالوصية.

قال في «قاضي خان»: رجل أوصى بغلة كرمه لإنسان.. قال الفقيه أبو بكر: يدخل في هذه الوصية: القوائم، والأوراق، والثمار، والحطب؛ فإنه لو دفع الكرم معاملة.. تكون كل هذه الأشياء بينهما كالثمر.

وقال في «الهداية»: ولو أوصى بخدمة عبده، ولآخر برقبته، وهو يخرج من

الثلث.. فالرقبة لصاحب الرقبة، والخدمة عليها لصاحب الخدمة؛ لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً، عطفاً منه لأحدهما على الآخر، فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد، ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة؛ فلو لم يوص في الرقبة بشيء.. لصارت الرقبة ميراثاً للورثة، مع كون الخدمة للموصى له، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر؛ إذ الوصية أخت الميراث؛ من حيث إن الملك يثبت فيها بعد الموت، فتكون الرقبة للموصى له بالرقبة، والخدمة للموصى له بالخدمة.

ثم هذا العبد؛ إما أن يكون أدرك حد الخدمة أو لا.

فإن كان الثاني.. فنفقته على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة؛ لأن بالإنفاق عليه تنمو العين، وذلك منفعة لصاحب الرقبة؛ فإذا أدرك الخدمة.. صار كالكبير، والنفقة في الكبير: على من له الخدمة؛ لأن الغرم بالغنم.

وإن جنى جناية.. فالفداء على من له الخدمة؛ كذا في «العناية».

ولو أوصى بأمة لرجل، وما في بطنها لآخر، وهي تخرج من الثلث، أو أوصى لرجل بخاتم، ولآخر بفصه [٨٠٩/ب]، أو أوصى بقوصرة لرجل، وما فيها من الثمر لآخر.. كان كما أوصى، فالظرف والأمة والخاتم: لصاحبها، والمظروف والولد والفص: لآخر، وتمامه في «الهداية».

* * *

(بَابُ وَصِيَّةِ الذِّمِّيِّ)

وَلَو جعلَ ذِمِّيٌّ دَارَهُ بِيعَةً أَو كَنِيسَةً فِي صِحَّتِهِ، ثُمَّ مَاتَ.. فهِيَ مِيرَاثٌ.

وَلَو أَوصى بِهِ لقومٍ مسمَّينَ.. جَازَ مِنَ الثُّلُثِ.

وَكَذَا: فِي غير المسمَّينَ، ....

(بَابُ وَصِيَّةِ الذِّمِّيِّ)

(ولو جعل ذمي داره بيعة أو كنيسة في صحته، ثم مات.. فهي ميراث) بالاتفاق.

أما عند أبي حنيفة: فلأنه بمنزلة الوقف عنده، والوقف عنده غير لازم بدون التسجيل إذا كان لمسلم.. فهذا أولى، فيورث بين ورثته.

وأما عندهما: فلأن هذا معصية وإن كانت قربة في اعتقادهم.. فلا يصح.

واستشكل على قول أبي حنيفة: بأن هذا عندهم كالمسجد عند المسلمين، والمسلم ليس له أن يبيع المسجد، فوجب أن يكون الذمي فيها كذلك؛ لأنهم عنده يتركون وما يعتقدون.

وأجيب: بأن المسجد محرز عن حقوق الناس، وصار خالصاً لله تعالى، ولا كذلك البيعة في اعتقادهم.. فإنها لمنافع الناس؛ لأنهم يسكنون فيها، ويدفنون فيها موتاهم، فلم تصر محرزة عن حقوقهم، فكان ملكه فيها ثابتاً، وفي هذه الصورة: يورث المسجد أيضاً.

(ولو أوصى به)؛ أي: بداره (لقوم مسمَّين.. جاز من الثلث) بالاتفاق.

يعني: إذا أوصى بأن تبنى داره بيعة أو كنيسة لناس معينين.. فهو جائز من الثلث بالاتفاق؛ لأن في الوصية: معنى الاستخلاف والتمليك، وللذمي ولاية لهما، فأمكن تصحيحه باعتبارين، فجوزناه باعتبار معنى التمليك، وجعلناه من الثلث باعتبار معنى الاستخلاف.

(وكذا)؛ أي: جاز من الثلث (في غير المسمَّين) عند أبي حنيفة؛ لأنا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون، وهذا قربة عندهم.. فيجوز وإن لقوم غير محصورين.

خلافاً لَهما.

(خلافاً لهما)، قالا: إنها وصية باطلة؛ لأنها معصية في الحقيقة وإن كان في معتقدهم قربة، والوصية بالمعصية باطلة؛ لما في تنفيذها من تقريرها، ولا يمكن تنفيذها بطريق التمليك كما في الصورة الأولى؛ لأن التمليك غير ممكن ههنا.

قالوا: هذا الاختلاف إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى؛ فأما في الأمصار.. فلا يجوز بالاتفاق؛ لأنهم لم يمكنوا من إحداث ذلك في الأمصار.

وعلى هذا الخلاف: إذا أوصى أن تذبح خنازيره وتطعم المشركين من غير تعيين؛ كذا في «الزيلعي».

ثم قال: والحاصل: أن وصايا الذمي ثلاثة أقسام:

• منها ما هو [٨١٠/أ] جائز بالاتفاق، وهو: ما إذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم؛ كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس، أو جعل ثلث ماله للفقراء، أو أعتق الرقبة؛ سواء كان لقوم معينين، أو غير معينين؛ لأنه وصية بما هو قربة عندنا وعندهم.

• ومنها: ما هو باطل بالاتفاق، وهو:

ما إذا أوصى بما ليس قربة عندنا وعندهم؛ كما إذا أوصى للنائحات والمغنيات؛ فإنها معصية عندنا وعندهم.

أو أوصى بما هو قربة عندنا لا عندهم؛ كما إذا أوصى بالحج أو بناء مسجد للمسلمين، أو بما يسرج مساجدهم؛ لأنها معصية عندهم، وكلاهما لا تصح بالاتفاق، إلا أن يكون لقوم معينين.. فإنها حينئذ تصح بطريق التمليك.

• ومنها ما هو مختلف فيه، وهو: ما إذا أوصى بما هو قربة عندهم لا عندنا؛ كبناء الكنيسة والبيعة لقوم غير معينين؛ فعند أبي حنيفة: يجوز، وعندهما: لا يجوز.

وإن كان لقوم معينين.. يجوز بالاتفاق.

وحاصله: أن وصيته لقوم معينين.. تجوز في الكل، على أنه تمليك لهم، وما

وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ مُستأمَنٍ لَا وَارِثَ لَهُ فِي دَارِنَا بِكُلِّ مَالِهِ لمُسلمٍ أَو ذمِّيٍّ.
وَإِن أوصى بِبَعْضِهِ.. رُدَّ الْبَاقِي إِلَى ورثتِهِ.
وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ مَا دَامَ فِي دَارِنَا مِن مُسلمٍ أَو ذمِّيٍّ.

ذكره من الجهة مثل تسريج مساجد المسلمين، أو بناء مساجدهم وغيرهما.. خرج منه على طريق المشورة، لا على طريق الإلزام، حتى لا يلزمهم أن يصرفوه في تلك الجهة، بل يفعلون به ما شاؤوا؛ لأنه ملكهم.

(وتصح وصية مستأمن لا وارث له في دارنا بكل ماله لمسلم، أو ذمي)، أو لمستأمن آخر؛ لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة، وليس لورثة المستأمن حق مرعي؛ لأنهم أموات في حقنا، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان، والأمان كان لحقه لا لحق الورثة، وقد أسقط حقه.. فيجوز؛ لأنه أهل للتمليك منجزاً كالهبة؛ فكذا: مضافاً إلى ما بعد الموت.

قيد بقوله: «لا وارث له في دارنا»؛ لأنه لو كان له وارث في دارنا.. لا يجوز له الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازتهم؛ لأنه بالأمان التزم أحكامنا، فصار كالذمي.

ثم إن كان له وارث آخر في دار الحرب.. شارك الوارث الذي في دارنا في ميراثه؛ لأنه لما بطل وصيته فيما زاد على الثلث.. كان ذلك ميراثاً عنه بين جميع ورثته.

(وإن أوصى) المستأمن (ببعضه)؛ أي: بعض ماله (.. رد الباقي)؛ أي: الباقي بعد أخذ الوصية (إلى ورثته)؛ رعاية لحق الأمان.

(وتصح الوصية له)؛ أي: للمستأمن (ما دام في دارنا) [٨١٠/ب] (من مسلم أو ذمي)؛ لأنه ما دام في دار الإسلام.. فهو كالذمي في المعاملات، فتصح عقود التمليكات منه، وتبرعاته في حال حياته، فكذا: بعد مماته.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: وصية المسلم والذمي للمستأمن: لا تجوز؛ لأنه في دارهم حكماً، حتى تمكن من الرجوع إليها، فصارت كالإرث.

وَصَاحِبُ الْهوى إِن لم يَكفُرْ بهواهُ.. فَهُوَ كَالْمُسلمِ فِي الْوَصِيَّةِ، وإِلَّا.. فكالمرتدِّ..

والأظهر: ما اختاره المصنف؛ لأن الوصية تمليك، بخلاف الإرث؛ كذا في «الزيلعي».

(وصاحب الهوى)؛ أي: أهل البدع (إن لم يكفر بهواه.. فهو كالمسلم في الوصية)؛ لأنا أمرنا ببناء الأحكام على ظاهر الإسلام.

(وإلا)؛ أي: وإن كان يكفر بهواه (.. فكالمرتد)، فيكون على الخلاف السابق في تصرفات المرتد، من أنها: جائزة عندهما، موقوفة عند أبي حنيفة؛ إن أسلم.. نفذ كسائر تصرفاته، وإلا.. فلا.

قال: «فكالمرتد»، وأما المرتدة.. فقال في «الهداية»: وفي المرتدة: الأصح أنه تصح وصاياها؛ لأنها تبقى على الردة، بخلاف المرتد؛ لأنه يقتل أو يسلم، فصارت المرتدة كالذمية.

وقال في «النهاية»: وذكر صاحب الكتاب في «الزيادات» على خلاف هذا، وقال: قال بعضهم: لا يكون بمنزلة الذمية، وهو الصحيح، حتى لا يصح منها وصية، والفرق بينها وبين الذمية: أن الذمية تقر على اعتقادها، وأما المرتدة.. فلا تقر على اعتقادها.

هذا، ومراده بصاحب الكتاب: صاحب «الهداية».

وأجاب عن هذا صاحب «العناية» بأنه: لا منافاة بين كلاميه؛ لأنه قال في «الهداية»: الأصح، وقال في «الزيادات»: الصحيح.

ورجح في «الزيلعي» ما ذكره في «الهداية»؛ حيث قال: الأشبه: أن تكون كالذمية، فتصح وصيتها؛ لأنها لا تقتل، ولهذا تجوز جميع تصرفاتها، فكذا الوصية.

وذكر العتابي في «الزيادات»: أن من ارتد عن الإسلام إلى النصرانية أو اليهودية

وَوَصِيَّةُ الذِّمِّيّ: تعْتَبرُ مِنَ الثُّلُثِ، وَلَا تصحُّ لوَارِثِهِ، وَتجوز لذِمِّيّ مِن غيرِ مِلَّتِهِ، لَا لحربيّ فِي دَارِ الْحَرْبِ.

أو المجوسية.. فحكم وصاياه: حكم من انتقل إليهم؛ فما صح منهم.. صح منه؛ هذا عندهما.

وأما عند أبي حنيفة: فوصية المرتد موقوفة، ووصايا المرتدة: نافذة بالإجماع؛ لأنها لا تقتل. انتهى ما ذكره العتابي.

وصحح «قاضي خان» بأن المرتدة كالذمية، فجاز منها ما جاز من الذمية، وما لا.. فلا.

(**ووصية الذمي تعتبر من الثلث**)، فلا تجوز في الزيادة عليه، (**ولا تصح لوارثه**)؛ لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات.. فلا تجوز وصيته في الزيادة على الثلث بدون إجازة الورثة [٨١١/أ]، ولا لوارثه أيضاً؛ كالمسلم.

(**وتجوز**) وصيته (**لذمي من غير ملته**)؛ اعتباراً بالإرث؛ إذ الكفر كله ملة واحدة.

(**لا لحربي في دار الحرب**)؛ لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين، فكذا الوصية؛ لأنها أخت الميراث.

قال في «الزيلعي»: وعلى رواية «الجامع الصغير»: ينبغي أن تجوز هذه الوصية.

وههنا مسألتان مهمتان:

• إحداهما: ما ذكر في «الدرر» و«الغرر» وصدرها بالتنبيه: إشارة إلى ما ذكر، وقال: الوصية المطلقة بأن يقول مثلاً: هذا القدر من مالي، أو ثلث مالي وصية، أو أوصيت هذا القدر من مالي، أو ثلث مالي.. لا يحل للغني؛ لأنها صدقة، وهي على الغني: حرام وإن كان الموصي عممّ بأن يقول: يأكل منها الفقير والغني؛ لأن أكل الغني من الوصية: لا يصح إلا بطريق التمليك، والتمليك لا يصح إلا للمعين، والغني لا يعين ولا يحصى.

وإذا خصت الوصية بغني؛ بأن يقول مثلاً: هذا القدر من مالي أوصيته لزيد - وهو غني - أو خصت بقوم أغنياء محصورين.. حلت لهم الوصية؛ لصحة التمليك لهم لتعينهم.

وكذا الحال: في الوقف؛ أي: أن الوقف المطلق: مختص بالفقراء، لا يحل للغني وإن عمّم الواقف.

وإذا خصّص بغني معين، أو بقوم محصورين أغنياء.. حل لهم ذلك الوقف، ويملكون منافعه لا عينه، حتى إذا ماتوا.. يتقرر عينه في ملك الواقف أو وارثه، وإذا ماتوا.. يكون للفقراء. انتهى.

وهذا دليل واضح: على أنه لا يجوز للأغنياء أن يشربوا من ماء السقاية الموضوع في مساجد البلدان وطرق العمران مع الكيزان المبرد بالثلج في أيام الصيف، بل هو مختص بالفقراء، ولا يحل للأغنياء.

وما ذكر في المتون والشروح والفتاوي في كتاب الوقف من أن السقايات والخانات الموقوفة: لا تختص بالفقراء، بل تعم الأغنياء أيضاً.. فالمراد بالسقاية ههنا: هي السقاية التي مسّت إليها حاجة العامة؛ أعني: السقاية الموضوعة في الطرقات النائية، والتي سميت بجشمه في العمران؛ لأن العامة من الفقراء والأغنياء محتاجة إلى هذه السقاية بالضرورة؛ كالخانات والقنطرات.

ولقد بسطنا الكلام فيه في كتاب الوقف.

- وثانيتهما: أن الوصية لقراءة القرآن لا تجوز، على ما ذكر في الفتاوى.

قال في «الخلاصة»: لو أوصى لقارئ القرآن يقرأ عند قبره بشيء [٨١١/ب].. فالوصية باطلة. انتهى.

وهكذا في «البزازية» و«المحيط» السرخسي يعنيه.

وعلله في «المحيط»: بأن أخذ الشيء للقراءة بمنزلة الأجرة على القراءة، وذا لا يجوز. انتهى.

وهكذا علله في «المحيط البرهاني» أيضاً، وزاد عليه: بأن أخذ الأجرة للقراءة باطلة، ولم يفعلها أحد من الخلفاء.

وقال في «الاختيار»: وأخذ الشيء للقراءة لا يجوز؛ لأنه كالأجرة. انتهى.

وقال العيني في «شرح الهداية»: والآخذ والمعطي للقراءة آثمان.

ظهر من هذه النقول: أن ما اشتهر بين الناس من الوصية لقراءة القرآن عند قبره حين يدفن بشيء من الدراهم والدنانير، والناس يجتمعون عند قبره ويقرؤون الأجزاء من القرآن، ويأخذون من تلك الوصية: باطل لا أصل له في الشرع بالاتفاق، وكل من المعطي والآخذ آثمان.

نعم، لو قرأ القارئ لمحض رضاء الله من غير طلب أجرة وطمعها، وأعطى المعطي من غير طلب ثواب منه ولا طمع.. لكان ذلك صلة جائزة، لكن ذلك المشهور بينهم ليس من هذا القبيل، بل المعطي يعطي لأجل الثواب، والقارئ يقرأ لأخذ الأجرة من تلك الوصية، حتى لو علم القارئ عدم إعطائه.. لم يقرأ، ولو علم المعطي عدم وصول الثواب لروح الميت.. لم يعط، فلم تكن صلة، بل أجرة، فكانت باطلة.

*   *   *

(بَابُ الْوَصِيّ)

وَمَن أَوصى إِلَى رجلٍ فَقبلَ فِي وَجهِهِ، وردَّ فِي غيبتِهِ.. لَا يَرْتَدُّ.

(بَابُ الوَصِيّ)

لما فرغ من بيان الموصى له.. شرع في بيان أحكام الموصى إليه، وهو الوصي، فقال: (ومن أوصى إلى رجل)؛ أي: جعله وصياً (فقبل)؛ أي: الوصي (في وجهه)؛ أي: وجه الموصي، (ورد في غيبته.. لا يرتد)؛ لأنه لما قبل في وجهه.. اعتمد الموصي على قبوله، فلم يوص إلى غيره؛ فلو جوزنا رده في غيبته أو بعد موته.. صار الميت مغروراً، وذلك باطل، فيرتد رده.

قال في «الهداية»: من أوصى إلى رجل فقبل في وجهه ورد في غير وجهه.. ليس برد.

وفسر في «العناية» الوجه: بالعلم، وغير الوجه: بغير العلم؛ حيث قال: فقبل الوصي في وجه الموصي؛ أي: بعلمه، وردها في غير وجهه؛ أي: بغير علم الموصي؛ هكذا ذكره في «الذخيرة»، إشارة إلى أن المقصود بذلك: علم الموصي؛ ليتدارك حاله عند رد الوصي، فليس هذا برد؛ لأن الميت مات معتمداً عليه؛ فلو صح رده [٨١٢/أ] بغير علمه في حياته أو بعد مماته.. صار مغروراً من جهته، فلا يجوز. انتهى كلام «العناية».

فينبغي أن يحمل كلام المصنف على هذا التفسير.

فإن قيل: ما الفرق بين الموصى له، والموصى إليه؛ حيث إن قبول الموصى له في الحال غير معتبر على ما تقدم، حتى لو قبله في حال حياة الموصي، ثم رده بعد وفاته.. كان صحيحاً، بخلاف الموصى إليه؟

أجيب: بأن نفع الموصى له بالوصية: لنفسه، ونفع الموصى إليه: للموصي لا لنفسه، فكان في رده بغير علمه إضرار به.. فلم يجز.

وَإِن ردَّ فِي وَجهِهِ.. يرْتَدُّ.

بخلاف الموصى له؛ لأن الموصى به يرجع إلى ورثة الموصي.. فلا ضرر له في ذلك.

• وإلى هذا الجواب أشار صاحب «الهداية» بقوله: بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه، أو بيع ماله؛ حيث يصح رده في غير وجهه؛ لأنه لا ضرر هنالك؛ لأنه حي قادر على التصرف بنفسه. انتهى.

فإنه جعل علة جواز رده بغير علمه: عدم الضرر؛ كما في رد الموصى له.

قال صاحب «النهاية»: هذا الذي ذكره صاحب «الهداية» من جواز رد الوكيل بغير علم الموكل: مخالف لعامة روايات الكتب؛ من «الذخيرة» و«التتمة» و«أدب القاضي» للصدر الشهيد و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي و«فتاوى قاضي خان».

ونقل عن كل واحد منها ما يدل على أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل بغير عله.. لا يصح، حتى لم يخرج عن الوكالة.

واعترض صاحب «العناية» نصرة «للهداية»، وقال: ليس فيما نقله صاحب «النهاية» من الكتب المذكورة ما يدل على الوكيل بشراء شيء بغير عينه.

وعن هذا قال بعض الشارحين: رواية عامة الكتب فيما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه، وإليه أشار صاحب «الهداية» أيضاً في باب الوكالة بالبيع والشراء؛ حيث قال: ولو وكله بشراء شيء بعينه.. فليس له أن يشتريه لنفسه؛ لأن فيه عزل نفسه عن الوكالة، ولا يملكه على - ما قيل - إلا بمحضر من الموكل. انتهى.

فإن لفظة «قيل» تشير إلى أن هذا قول المشايخ.

(وإن رد) الوصي (في وجهه)؛ أي: وجه الموصي؛ أي: بعلمه (.. يرتد)؛ لأنه متبرع في ذلك؛ فإن شاء دام عليه، وإن شاء رجع؛ إذ ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف، ولا غرور فيه أيضاً؛ لأنه يمكنه أن ينيب غيره مقامه؛ لعلمه برجوعه.

فَإِن لم يَقبلْ وَلم يَرُدَّ حَتَّى مَاتَ الْمُوصي.. فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَينَ الْقَبُولِ وَعَدَمِهِ.
وَإِن بَاعَ شَيْئاً مِنَ التَّرِكَةِ.. لَم يَبْقَ لَهُ الرَّدُّ وَإِن غيرَ عَالِمٍ بالإِيصاءِ.

(فإن لم يقبل ولم يرد) بل سكت (حتى مات) [٨١٢/ب] (الموصي.. فهو)؛ أي: الوصي (مخير بين القبول وعدمه).

إن شاء.. قبل، وإن شاء.. لم يقبل؛ لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام، فبقي مخيراً، فصار كالوكيل؛ فإنه لو وكل حال حياته.. فالوكيل مخير بين القبول وعدمه، ما لم يوجد منه قبول نصاً أو دلالة.

فإن قيل: ما كان يجب أن لا يكون مخيراً؛ لأنه لما بلغه الإيصاء ولم يرده.. اعتمد عليه الموصي ولم يوص إلى غيره، وفي ذلك ضرر به، والضرر مدفوع.

أجيب: بأن الموصي مغتر حيث لم يسأله عن الرد والقبول.. فلا يبطل الاختيار بالاغترار.

بخلاف ما إذا قبل، ثم رد في غيبته؛ فإنه غار، فيبطل الخيار.

وفي «البزازية»: قبل الوصاية أو تصرف بعد الموت، ثم أراد عزل نفسه.. لم يجز إلا عند الحاكم، وإذا حضر عند الحاكم.. نظر في حاله؛ إن مأموناً قادراً على التصرف.. لا يخرجه، وإن عرف الحاكم عجزه وكثرة اشتغاله.. أخرجه؛ للضرر في إبقائه.

(وإن باع) الوصي (شيئاً من التركة.. لم يبق له الرد وإن) وصلية؛ أي: وإن كان (غير عالم بالإيصاء)؛ لأن بيعه التركة: قبول دلالة؛ سواء علم الإيصاء أو لم يعلم، فلم يبق له الرد، وينفذ بيعه؛ لصدوره من الوصي.

بخلاف الوكيل إذا لم يعلم التوكيل له فباع شيئاً، حيث لا ينفذ؛ لأن الوصاية خلافة؛ لأنه مختص بحال انقطاع ولاية الميت، فتنتقل الولاية إليه، وإذا كانت خلافة.. لا تتوقف على العلم كالوراثة؛ أما التوكيل: فإنه إنابة؛ لثبوته حال قيام الميت.. فلا يصح بغير علم؛ كإثبات الملك بالبيع والشراء.

فَإِن رَدَّ بعدَ مَوتِهِ ثمَّ قَبِلَ.. صَحَّ مَا لم ينفِّذ قاضٍ رَدَّهُ.

وَإِن أَوصى إِلَى عبدٍ أَو كَافِرٍ أَو فَاسقٍ.. أَخرَجَهُ القَاضِي وَنَصَبَ غَيرَهُ.

(فإن رد بعد موته)؛ أي: موت الموصي، (ثم قبل.. صح) قبوله، (ما لم ينفِّذ) من التنفيذ (قاض رده) بأن أخرجه القاضي من الوصاية حين قال: «لا أقبل»؛ لأن بمجرد قوله: «لا أقبل» لا يبطل إيصاء الموصي؛ لأن في إبطاله مضرة بالميت، وضرر الوصي في الإبقاء على الوصاية مجبور بالثواب.

إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية.. يصح ذلك؛ لأنه مجتهد فيه؛ إذ للقاضي ولاية دفع الضرر، وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية، فيدفع القاضي الضرر عنه، وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه، فيندفع الضرر من الجانبين، فلهذا ينفذ إخراجه.

فلو قال بعد تنفيذ القاضي رده: «أقبل».. لا يلتفت إليه؛ لأنه قبل بعد إبطال القاضي؛ كذا في «الهداية».

(وإن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق)؛ أي: جعل واحداً منهم وصياً [٨١٣/أ] (.. أخرجه القاضي) عن الوصاية، (ونصب غيره) وصياً.

والمراد بالعبد ههنا: عبد غيره، لا عبد نفسه.

والكافر أعم من: الذمي، والمستأمن، والحربي.

قوله: «أخرجه القاضي ونصب غيره» هكذا وقعت العبارة في «الهداية» وغيرها أيضاً، وهي تشير إلى صحة الوصية إليهم؛ لأن الإخراج يكون بعد الصحة، وذكر محمد في الصور الثلاث: أن الوصية باطلة.

ثم اختلف المشايخ في أنه باطل أصلاً، أو معناه سيبطل بعد إخراج القاضي:

- قال الفقيه أبو الليث - وإليه ذهب القدوري وفخر الإسلام البزدوي وعامة مشايخنا -: إن معناه: سيبطل، ووجهه: أن العبد أهل للتصرف، ولهذا جاز توكيله، ولكن لما كان عجزه عن استيفاء حقوق الميت مظنوناً؛ لكون منافعه للمولى،

وَإن إلَى عَبدِهِ؛ فَإن كَانَ كُلُّ الْوَرَثَةِ صغَاراً.. صَحَّ، خلافاً لَهما.

والظاهر منع المولى عن التبرع بها، وعلى تقدير إجازته له.. كان الرجوع عن الإجازة، وعند ذلك: يعجز العبد عن التصرف بالوصاية.

قلنا: إنها ستبطل بإخراج القاضي عنها، وأما الكافر.. فقد ذكر في كتاب القسمة: أنه لو قاسم شيئاً قبل أن يخرجه القاضي عن الوصاية.. جاز، فثبت أن الإيصاء صحيح، لكنه لا يتوفر البياعات الفاسدة، فجاز للقاضي أن يخرجه من الوصية.

وأما الفاسق.. فلأن ولايته على نفسه وعلى غيره ثابتة، إلا أن القاضي يخرجه لاتهامه بالخيانة.

- وقال بعضهم:

إنه باطل في العبد، وإليه ذهب السرخسي، وذلك: لأن الوصاية ولاية متعدية، وليس للعبد ولاية على نفسه، فضلاً أن يكون له ولاية على غيره.

وفي غير العبد: معناه ستبطل.

- وقال بعضهم: معناه في الكافر أيضاً باطل؛ لعدم ولايته على مسلم.

هذا في إيصاء المسلم إلى كافر ظاهر، وهل للذمي الإيصاء إلى المستأمن؟

قالوا: لا يجوز، قال في «التاتارخانية»، والذمي إذا أوصى إلى الحربي - مستأمناً أو غير مستأمن -؛ فإنه لا يجوز؛ لأن الذمي من الحربي: بمنزلة المسلم من الذمي، والمسلم لو أوصى إلى ذمي.. كانت الوصية باطلة، فكذا الذمي إذا أوصى إلى الحربي؛ فإن القاضي يخرجه.

(**وإن**) أوصى (**إلى عبده**)؛ أي: إن جعل عبد نفسه وصياً؛ (**فإن كان كل الورثة صغاراً.. صح**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، قالا: لا يصح، وهو القياس؛ لأن الولاية متقدمة فيه؛ لأن الرقية تنافيها، ولأن فيه [٨١٣/ب] إثبات ولاية المملوك على المالك، وهو قلب المشروع

وَإِن فيهم كَبِيرٌ.. بَطلَ إِجْمَاعاً.

وَلَو كَانَ الْوَصِيّ عَاجِزاً عَنِ الْقِيامِ بِالْوَصِيَّةِ.. ضَمَّ إِلَيْهِ غَيرَهُ.

ونقض الموضوع، ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ، وفي اعتبار هذه الولاية تجزيئها؛ لأن هذا العبد لا يملك بيع رقبته، والأب كان يملكه، وهو خلاف الموضوع الشرعي.

ولأبي حنيفة: أنه مخاطب مستبد بالتصرف، فيكون أهلاً للوصاية، وليس لأحد ولاية عليه؛ فإن الصغار وإن كانوا مالكين له.. فليس لهم ولاية النظر عليه، فلا منافاة.

بخلاف ما إذا كان في الورثة كباراً وكان الإيصاء إلى عبد الغير؛ لأنه لا يستبد بالتصرف؛ إذ كان للمولى منعه، بخلاف الأول؛ لأنه ليس للقاضي ولا للصغار منعه بعدما ثبت الإيصاء إليه.

وكذا: ليس له بيعه.

وإيصاء المولى إليه يؤذِن بكونه ناظراً لهم، فصار كالمكاتب، والوصية قد تتجزأ على ما رواه الحسن عن أبي حنيفة؛ كما إذا أوصى لرجلين؛ أحدهما يكون في الدَّين، والآخر في العين.. يكون كل واحد منهما وصياً فيما أوصي إليه خاصة؛ كذا في «الزيلعي».

(**وإن فيهم**)؛ أي: في الورثة (**كبير.. بطل إجماعاً**)؛ لأن للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه، فيمنعه المشتري، فيعجز عن الوفاء بما التزم.. فلا يفيد.

(**ولو كان الوصي عاجزاً عن القيام بالوصية**)؛ أي: الوصاية (.. **ضم**) القاضي (**إليه غيره**)، ولا يخرجه عن الوصاية، بل يضم إليه غيره؛ لأن في الضم رعاية الحقين: حق الموصي، وحق الورثة؛ لأن تكميل النظر يحصل بذلك؛ لأن النظر يتم بإعانة غيره بدون الإخراج.. فلا يخرجه عنها.

وَإِن كَانَ قَادِراً أَميناً.. لَا يخرجُ وَإِن شكا إِلَيْهِ الْوَرَثَةُ أَو بَعضُهم منهُ، مَا لم تظهر مِنْهُ خِيَانَةٌ.

ولو شكى إليه الوصي عن القيام بسبب عجزه لا يجيبه القاضي حتى يعلم عجزه حقيقة؛ لأن الشاكي قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه.

ولو ظهر عجزه.. أخرجه وأقام غيره مقامه؛ رعاية للنظر من الجانبين.

(وإن كان) الوصي (قادراً) على الوصاية، (أميناً) عن الخيانة (.. لا يخرج) القاضي (وإن) وصلية (شكا إليه الورثة أو بعضهم منه، ما لم تظهر منه خيانة)؛ فإذا ظهر منه خيانة.. أخرجه القاضي وأقام غيره مقامه.

واعلم: أن الأوصياء ثلاثة:

عدل غير كاف، وعدل كاف، وفاسق.

فالأول: يضم إليه من يعينه.

والثاني: لا يخرج، ولا يضم إليه غيره.

والثالث: يخرجه القاضي، ويقيم [٨١٤/أ] غيره مقامه.

وكذا: من ظهرت خيانته في أمر الوصاية، وهو داخل في الفاسق.

وذكر في «قاضي خان»: أن القاضي لو عزل العدل الكافي عن الوصاية.. ينعزل أيضاً، نقله عن الإمام خواهر زاده، وقال: وعند بعض المشايخ: لا ينعزل العدل الكافي بعزل القاضي؛ لأنه مختار الميت، فيكون مقدماً على القاضي، هذا في وصي الميت.

وأما وصي القاضي.. فهو مخالف لوصي الميت في ثمان مواضع:

١- منها: أن القاضي ليس له أن يعزل وصي الميت العدل، وله أن يعزل وصي القاضي ولو كان عدلاً.

٢- ومنها: أن وصي الميت له أن يبيع من نفسه، ويشتري لنفسه إن كان فيه نفع ظاهر عند أبي حنيفة، ووصي القاضي ليس له ذلك بالاتفاق.

وَإِن أَوصى إِلَى اثْنَيْنِ.. لَا يَنْفَرِدُ أَحدُهمَا، إِلَّا بشرَاءِ كَفَنٍ، وتجهيزٍ، وخصومةٍ، وَقَضَاءِ دَينٍ،...

٣- ومنها: أن وصي الميت إذا خصه الميت.. لا يخص، بخلاف وصي القاضي؛ فإنه يخص بتخصيص القاضي.

٤- ومنها: أن وصي القاضي إذا باع ممن لا تقبل شهادته له.. لم يصح، بخلاف وصي الميت.

٥- ومنها: أن وصي الميت يؤجر الصغير للأعمال، بخلاف وصي القاضي.

٦- ومنها: أن وصي القاضي لا يملك القبض إلا بإذن مبتدأ من القاضي بعد الإيصاء، بخلاف وصي الميت.

٧- ومنها: يعمل نهي القاضي عن بعض التصرفات، ولا يعمل نهي الميت.

٨- ومنها: أن وصي القاضي إذا جعل وصياً عند موته.. لا يصير وصياً، بخلاف وصي الميت.

الكل في وصايا «الأشباه»، لكن المذكور في المسألة الثالثة من عدم التخصيص: قول أبي حنيفة، وعلى قول الإمامين: يخص بما سماه؛ كما ذكر في «الظهيرية» و«فتاوى الأنقروي».

(وإن أوصى إلى اثنين)؛ أي: جعلهما وصيان (.. لا ينفرد أحدهما) في التصرف.

وعند أبي حنيفة ومحمد: (إلا بشراء كفن وتجهيز) ميت؛ لأن في تأخيرهما فساد الميت، فينفرد أحدهما بلا توقف على إذن الآخر، ولهذا يملكه الجيران أيضاً.

(وخصومة) في حقوق الميت على الناس؛ لأن اجتماعهما فيهما متعذر وقت الخصومة عند القاضي، فينفرد أحدهما فيها.

(وقضاء دين) الميت إذا كانت التركة من جنس الدين؛ لأن قضاء دينه حينئذ ليس من باب الولاية، وإنما هو من باب الإعانة له، ولهذا: إن صاحب الحق؛ أي:

وَطَلَبِهِ، وَشِرَاءِ حَاجَةِ الطِّفْلِ، وَقَبُولِ الْهِبَةِ لَهُ، وردِّ وَدِيعَةٍ مُعيَّنَةٍ، وتنفيذِ وَصِيَّةٍ مُعيَّنَةٍ، وإِعتاقِ عبدٍ معيَّنٍ، وردِّ مَغْصُوبٍ، ومشترٍ بشِرَاءٍ فَاسِدٍ، وَجمعِ أَمْوَالٍ ضائعةٍ وَحفظِ المَالِ، وَبيعِ مَا يُخَافُ تَلَفُهُ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: يجوزُ الانفرادُ مُطلقاً.........................

الدائن يملكه متى ظفر بحقه، بخلاف اقتضاء دين الميت [٨١٤/ب]؛ لأنه رضي بأمانتهما في القبض جميعاً؛ كذا في «الزيلعي».

(**وطلبه**)؛ أي: طلب دين الميت؛ لأن الطلب ليس اقتضاء للدين، فينفرد أحدهما به.

(**وشراء حاجة الطفل**)؛ لأنه إعانة له؛ إذ قد يخاف الهلاك عليهم بسبب الجوع والعري، فينفرد أحدهما عن الآخر بلا توقف على رضاه.

(**وقبول الهبة له**)؛ لما ذكر في الشراء.

(**وردّ وديعة معينة**)؛ لما ذكر في قضاء دينه.

(**وتنفيذ وصية معينة، وإعتاق عبد معين، ورد مغصوب ومشترى بشراء فاسد، وجمع أموال ضائعة، وحفظ المال**)؛ لأن كلها من باب الإعانة للميت.. فلا يحتاج فيها إلى رأي الآخر.

(**وبيع ما يخاف تلفه**)؛ لأن في تأخيره خوف الضرر، هذا كله عندهما.

(**وعند أبي يوسف: يجوز الانفراد مطلقاً**)؛ أي: في جميع الأشياء، ولا اختصاص عنده بالأشياء المذكورة.

واعلم: أنهم اختلفوا في محل هذا الاختلاف على ثلاثة أقوال:

• قال بعضهم: إن هذا الخلاف فيما إذا أوصى إلى كل واحد منهما على حدة؛ بأن أوصى إلى أحدهما أولاً، ثم إلى آخر بعقد آخر.

وأما إذا أوصى إليهما معاً بعقد واحد.. فلا ينفرد أحدهما عن الآخر بالإجماع؛ كذا ذكره الكيساني.

• وقال بعضهم: الخلاف فيما إذا أوصى إليهما معاً بعقد واحد.

أما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة.. ينفرد أحدهما بالتصرف بالإجماع؛ ذكره الحلواني عن الصغار.

قال أبو الليث: وهو الأصح، وبه نأخذ.

• وقال بعضهم: الخلاف في الفصلين جميعاً، ذكره أبو بكر الإسكاف.

وقال في «المبسوط»: وهو الأصح.

بخلاف الوكيلين إذا وكلهما متفرقاً؛ حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالإجماع.

والفرق: أن ضم الثاني في الإيصاء دليل عجز الأول عن المباشرة وحده، فيكون بمنزلة الإيصاء إليهما جميعاً.

بخلاف الوكالة؛ فإن رأي الموكل قائم، ولو كان الوكيل عاجزاً.. لباشر الموكل بنفسه؛ لتمكنه من ذلك، ولما وكل.. علم أن مراده: أن ينفرد كل منهما بالتصرف؛ كذا في «الزيلعي» وشروح «الهداية».

قال في «قاضي خان»: ولو باع أحد الوصيين شيئاً من تركة الميت لصاحبه.. لا يجوز عند أبي حنيفة؛ لأن عندهما أحد الوصيين لا ينفرد عن الآخر بالتصرف.

وقال فيه أيضاً: رجل جعل رجلاً وصياً في شيء بعينه - نحو التصرف في الدين - وجعل [٨١٥/أ] آخر وصياً في شيء آخر؛ فإن قال: جعلتك وصياً في قضاء ما علي من الدين، وقال للآخر: جعلتك وصياً في القيام بأمر مالي، أو جعل أحدهما وصياً لهذا الولد في نصيبه، وجعل الآخر وصياً في نصيب ولد آخر له، أو قال: أوصيت إلى فلان بتقاضي دَيني، ولم أوص إليه غير ذلك، وأوصيت بجميع مالي فلاناً آخر.. فكل واحد من الوصيين يكون وصياً في الأنواع كلها عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ كأنه أوصى إليهما.

فَإِن مَاتَ أَحَدُ الْوَصِيّينِ.. أَقَامَ القَاضِي غَيرَهُ مقَامَهُ إِن لم يُوصِ إِلَى آخرَ.
وَإِن أَوصى إِلَى الْحَيّ.. جَازَ، ويتصرَّفُ وَحدَهُ.

وعند محمد: لكل واحد منهما يكون وصياً فيما أوصي إليه.

رجل أوصى إلى رجل، فقال له: اعمل برأي فلان.. فهو على وجهين:

أحدهما: أن يقول: اعمل برأي فلان.

والثاني: أن يقول: لا تعمل إلا برأي فلان.

اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:

- قال بعضهم: في الوجهين الوصي هو المخاطب.
- وقال بعضهم: في الوجهين جميعاً كلاهما وصيان؛ كأنه أوصى إليهما.
- وقال بعضهم: في قوله: «اعمل برأي فلان»: الوصي هو المخاطب، وفي قوله: «لا تعمل إلا برأي فلان»: هما وصيان.

واختار أبو الليث هذا القول، وهو أشبه بقول أصحابنا؛ فإنهم قالوا: إذا وكل الرجل غيره بالبيع وقال له: «بعه بشهود»، فباعه بغير شهود.. جاز.

ولو قال له: «لا تبعه إلا بشهود»، أو قال: «لا تبع إلا بمحضر فلان» فباع بغير شهود أو بغير محضر فلان.. لا يجوز؛ كذا هذا.

وكذا: لو أوصى إلى رجل وقال له: اعمل بعلم فلان.. كان له أن يعمل بغير علمه.

ولو قال: لا تعمل إلا بعلم فلان.. لا يجوز له أن يعمل بغير علم فلان.

والفتوى على هذا القول؛ كذا في «قاضي خان».

(فإن مات أحد الوصيين.. أقام القاضي غيره مقامه إن لم يوص) الوصي الذي مات (إلى آخر، وإن أوصى) الوصي الميت (إلى الحي)؛ أي: إلى الوصي الحي (.. جاز، ويتصرف) الحي (وحده) في ظاهر الرواية.

ووصيُّ الْوَصِيّ: وَصِيٌّ فِي التَّركتَينِ.

وَكَذَا: إِن أَوصى إِلَيْهِ فِي إحداهمَا.

خلافاً لَهما.

ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر؛ لأن رأي الميت باق حكماً برأي من يخلفه.

وعن أبي حنيفة: أنه لا ينفرد بالتصرف؛ لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده.

بخلاف ما إذا أوصى إلى غير الحي؛ فإنه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضي المتوفى؛ كذا في «الهداية».

(ووصي الوصي: وصي في التركتين)؛ أي: في تركة الوصي الميت، وتركة الميت الأول.

وقال الشافعي: لا يكون وصياً في تركة الميت الأول؛ اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة، والجامع: أنه رضي [٨١٥/ب] برأيه لا برأي غيره.

ولنا: أن الوصي متصرف بولاية منتقلة إليه، فيملك الإيصاء إلى غيره؛ كالجد في النفس؛ فإنه إذا مات الأب.. كان ولاية تزويج الصغار واستيفاء القصاص للجد؛ لانتقال الولاية إليه.. فكذا الوصي فيما انتقل إليه من الولاية؛ لأنه خلف عن الأول، وباعتبار هذه الخلافة: يجعل الأول قائماً حكماً، والخلف يعمل على الأصل عند عدمه.

بخلاف الوكيل؛ لأن الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه، فلا يرضى بتوكيل غيره أو الإيصاء إلى غيره.

(وكذا)؛ أي: وصي الوصي: وصيٌّ في التركتين (إن أوصى) الوصي (إليه)؛ أي: إلى وصيه (في إحداهما)؛ أي: إحدى التركتين، هذا عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قالا: إنه وصي في تركة الوصي لا في تركة الميت الأول.

وَتَصِحُّ قِسْمَةُ الْوَصِيِّ عَنِ الْوَرَثَةِ مَعَ الْمُوصى لَهُ،........................

قال في «شرح المجمع»: إذا أوصى الوصي إلى آخر في تركة نفسه.. فهو وصي في التركتين.

وقالا: هو وصي في تركة نفس الوصي دون الموصي الأول؛ لأنه نص على الإيصاء من تركة نفسه، فيقتصر عليه.

ولأبي حنيفة: أن الوصية استخلاف؛ فما كان له من الولاية عند الموت.. كانت له ولاية في التركتين، فنزل منزلته فيهما. انتهى.

وقال علاء الدين الأسود في «شرح الوقاية»: ولو قال الوصي لآخر: جعلتك وصياً في تركتي.. فقد روي عن أبي حنيفة: أنه وصي في التركتين جميعاً.

وقالا: هو وصي في تركة الثاني خاصة؛ لأنه يتصرف بالأمر، فاختص تصرفه بما خص بالأمر؛ كالوكيل.

ولأبي حنيفة: أن تركة موصيه: تركة له أيضاً، فللموصي الثاني أن يتصرف فيهما جميعاً. انتهى.

فظهر من هذين النقلين: أن محل الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في هذه المسألة فيما أوصى الوصي إليه في تركة نفسه، لا فيما أوصى إليه في تركتهما؛ بأن يقول له: أوصيك في تركتي وتركة الأول؛ فإنه وصي في التركتين في هذه الصورة بالاتفاق؛ فعلى هذا: ينبغي أن تحمل الإضافة في كلام المصنف: للعهد، والمعهود: تركة نفسه.

ولو قال: «إن أوصي إليه في تركة نفسه» كما وقع في «المجمع».. لكان أولى.

(وتصح قسمة الوصي) نائباً (عن الورثة) الغيب (مع الموصى له)؛ يعني: إذا مات رجل له ورثة غيب، وأوصى إلى زيد لبكر بمبلغ.. جاز لزيد الوصي أن يقسم تركته بين ورثته الغيب نائباً عنهم، وبين بكر الموصى له [٨١٦/أ] بأن يأخذ حق الورثة، ويسلم الباقي إلى الموصى له؛ لأن الوارث خليفة الميت، حتى يرد بالعيب،

ويرد عليه به، ويصير مغروراً بشراء المورث، حتى يكون الولد حراً؛ كما إذا اشترى جارية فماتت، ثم استولدها الوارث، ثم استحقت الجارية.. فإنه يصير الولد حراً، ويرجع على بائع الميت، ويكون الولد ولد المغرور.

والوصي خليفة الميت أيضاً، فيكون خصماً للوارث إذا كان غائباً، فصحت قسمته عليه في المنقول والعقار إن كانوا صغاراً.

وفي المنقول إن كانوا كباراً.

والفرق بين المنقول والعقار: أن الورثة إذا كانوا صغاراً.. كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعاً؛ أما إذا كانوا كباراً.. فليس له بيع العقار عليهم، وله ولاية بيع المنقول، فكذا [القسمة][1]؛ لأنها نوع بيع كذا في «العناية».

وقال في «البزازية» نقلاً عن «الأصل»: الوصي قسم وعزل نصيب كل من الورثة فهذا على خمسة:

- [الأول]: لو كلهم صغاراً.. لا يجوز قسمته أصلاً؛ كما لو باع مال أحد اليتيمين من الآخر.

ولو قسم الأب مال أولاده الصغار.. جاز؛ كالبيع.

والحيلة للوصي: أن يبيع مال أحد الصغيرين مشاعاً من رجل، ثم يقاسم مع المشتري حصة صغير لم يبع حصته، وبعد القسمة: يشترك تلك الحصة، فيحصل الامتياز.

- والثاني: لو كلهم كباراً [بعضهم حضور]، وبعضهم حضور، فقاسم الحضورَ وأفرز نصيبهم.. جاز في المنقول لا في العقار؛ لأنه يلي بيع المنقول لا العقار على الكبار الغيب.

---

(١) زيادة من «العناية» (١٠/٥٠٥).

فَلَا يرجعُونَ على الْمُوصى لَهُ لَو هلكَ حظُّهم فِي يَدِ الْوَصِيّ، لَا مقاسمَتُهُ مَعَهم عَنِ الْمُوصى لَهُ، فَيرجع عَلَيْهِم بِثُلُثِ مَا بَقِيَ، لَو هلكَ حَظُّه فِي يَدِ الوَصِيّ.

- الثالث: لو صغاراً وكباراً، والكبار غيب.. لا يجوز في العقار، وكذا في العروض؛ لأن الوصي ليس له ولاية القسمة في العروض على الكبار الغيب، فصار كأن الكل صغاراً.
- الرابع: لو صغاراً وكباراً حضوراً، فعزل نصيب الكبار وهم حضور، فدفعه إليهم وعزل نصيب الصغار جملة، ولم يفرز نصيب كل واحد من الصغار.. جاز.
- الخامس: عزل نصيب كل واحد من الصغار والكبار، وقسم بين الكل.. فالقسمة فاسدة.

ولو دفع إلى الكبار نصيبهم وأمسك حصة الصغار جملة، ثم قسم حصة الصغار فيما بينهم.. فالقسمة بين الصغار والكبار جائزة، لا بين الصغار.

فإذا صحت قسمته عنهم (.. فلا يرجعون)؛ أي: على الورثة (على الموصى له لو هلك حظهم)؛ أي: الثلثان (في يد الوصي)؛ لأن قسمته ليست بفضولي.

(لا مقاسمته معهم)؛ أي: مع الورثة (عن الموصى له)؛ يعني: إذا كان [٨١٦/ب] الوارث حاضراً، والموصي له غائباً، فقاسم الوصي مع الورثة عن الموصى له الغائب، فأعطى الورثة حقهم وأمسك الثلث للموصى له.. لم تنفذ القسمة على الموصى له؛ صغيراً كان أو كبيراً، في المنقول والعقار؛ كما لم تنفذ إذا كان الموصى له حاضراً؛ لأن الموصى له ليس خليفة الميت من كل وجه؛ لأنه ملكه بسبب جديد، حتى لا يرد بعيب، ولا يرد عليه به، ولا يصير مغروراً بشراء الموصي.. فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته.

فإذا لم تصح قسمته على الموصى له (.. فيرجع) الموصي له (عليهم)؛ أي: على الورثة (بثلث ما بقي لو هلك حظه في يد الوصي)؛ لأنه شريك الوارث، فيتوى

وَصحَّت لِلْقَاضِي لَو قاسمَهم عَنهُ وَأَخَذَ قِسْطَهُ.

ما توي من مال الشركة على الشركة، ويبقى ما بقي على الشركة، غير أن الوصي لا يضمن ما هلك وإن كان تصرفه غير مشروع؛ لأنه أمين فيه، وله ولاية الحفظ في التركة، فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة، فيكون له ثلث الباقي.

(وصحت للقاضي)؛ أي: صحت القسمة للقاضي بين الورثة والموصى له (لو قاسمهم)؛ أي: لو قاسمهم القاضي (عنه)؛ أي: نائباً عن الموصي له الغائب، (وأخذ قسطه)؛ أي: قسط الموصى له.

وهو عطف على ضمير «صحت» للفصل.

والفرق بين القاضي والوصي: أن القاضي نصب ناظراً لأمور المسلمين، سيّما في حق الأموات والغُيَّب؛ لعجزهم عن التصرف بأنفسهم، ومن النظر: أن يفرز نصيب الغائب.

بخلاف الوصي؛ لأنه ليس كذلك، فلم يقدر على القسمة عن الموصى له الغائب، وإنما جاز عن الورثة.. لكونه خليفة عنهم، لا لكونه نصب ناظراً.

وفائدة الجواز: أنه لو حضر الغائب وقد هلك نصيبه في يد القاضي أو أمينه.. ليس له أن يرجع لا على القاضي ولا على الورثة.

قال في «الزيلعي»: وهذا في المكيل والموزون؛ لأنه إفراز، ومعنى المبادلة فيه تابع، حتى جاز أخذه لأحد الشريكين من غير قضاء ولا رضاء.

وكذا: يجوز بيع نصيبه مرابحة.

وأما ما لا يكال ولا يوزن.. فلا يجوز؛ لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع، وبيع مال الغير: لا يجوز. انتهى.

وهكذا قيده الإمام المحبوبي.

قلت: ويدل عليه ما في «الهداية»؛ فإنه قال: من أوصى بثلث ألف درهم، فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمها، والموصى له غائب.. فقسمته جائزة؛ لأن الوصية

وَفِي الْوَصِيَّةِ بِحَجٍّ لَو قَاسم الْوَصِيُّ الْوَرَثَةَ فَضَاعَ عِنْدَهُ.. يُؤْخَذ لِلْحَجِّ ثلثُ مَا بَقِيَ.

وَكَذَا: لَو دَفعَهُ لِمَن يحجُّ، فَضَاعَ فِي يَدِهِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: إِن بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ.. أَخذَ، وإِلَّا.. فَلَا.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: لَا يُؤْخَذُ شَيْءٌ.

صحيحة [٨١٧/أ]، ولهذا: لو مات الموصى له قبل القبول.. يصير نصيبه ميراثاً لورثته. انتهى.

وجوز دلالته عليه: أن الدراهم من الموزونات.

(**وفي الوصية بحج؛ لو قاسم الوصي الورثة**) مفعول قاسم (**فضاع**) ما في يده من المال بعد المقاسمة (**عنده**)؛ أي: عند الوصي (**.. يؤخذ**)، والآخذ هو الوصي (**للحج ثلث ما بقي**).

(**وكذا**)؛ أي: يؤخذ للحج (**لو دفعه**)؛ أي: لو دفع الوصي ما في يده من المال (**لمن يحج**) عن الميت، (**فضاع**) ما (**في يده**)؛ أي: يد المدفوع إليه، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعند أبي يوسف: إن بقي من الثلث**)؛ أي: ثلث جميع المال (**شيء.. أخذ**) ذلك الباقي من ثلث الجميع.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يبق (**.. فلا**) يؤخذ ثانياً.

(**وعند محمد: لا يؤخذ شيء**).

صورته: رجل مات وترك أربعة آلاف درهم، وقد أوصى أن يحج عنه، وكان مقدار الحج ألف درهم، فأخذ الوصي ألفاً ودفعها إلى الذي يحج عنه، فسرقت في الطريق.

قال أبو حنيفة: يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم؛ فإن سرقت ثانياً.. يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى، وهو ست مائة وستون وثلثا درهم، وهكذا.

وَلَو بَاعَ الْوَصِيُّ مِنَ التَّرِكَةِ عبداً مَعَ غيبَةِ الْغُرَمَاءِ.. جَازَ.

وَإِن أَوصى بِبيعِ شيءٍ مِن تركته وَالتَّصَدُّقِ بِهِ، فَبَاعَهُ وَصِيّه وَقبض ثمنَهُ، فَضَاعَ فِي يَدِهِ، وَاسْتحقَّ الْمَبِيعُ..................................

وقال أبو يوسف: يؤخذ مما بقي من التركة من ثلث جميع المال، وهو ثلثمائة وثلاثة وثلثون وثلث درهم؛ فإن سرقت ثانياً.. لا يؤخذ مرة أخرى.

وقال محمد: إذا سرقت الألف الأولى.. بطلت الوصية، فلا يؤخذ منه مرة أخرى؛ لأن القسمة حق الموصي وهو الميت، ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحج عنه، فهلك في يد المدفوع إليه.. لا يلزمه شيء، وبطلت الوصية، فكذا إذا أفرز وصيه؛ لأنه نائب عنه، قائم مقامه باختياره.

ولأبي يوسف: أن محل الوصية هو الثلث، فيجب تنفيذها ما بقي محلها، وإذا لم يبق.. بطلت؛ لفوات محلها.

ولأبي حنيفة: أن القسمة لا تراد لذاتها، بل لمقصودها، وهو تأدية الحج، فلم تعتبر دونه، وصار كما إذا هلك قبل القسمة، فيحج بثلث ما بقي، ولأن تمامها: بالتسليم إلى الجهة المسماة؛ إذ لا قابض لها؛ فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه.. لم يتم، فصار كهلاكه قبلها.

(**ولو باع الوصي من التركة عبداً مع غيبة الغرماء.. جاز**)؛ لأن الوصي قائم مقام الموصي، ولو تولى الموصي حياً بنفسه.. يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وإن كان في مرض موته، بعدما كان بثمن مثله.. فكذا: إذا تولاه من قام مقامه.

وهذا: لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والعين، والبيع لا يبطل المالية، بل يحققها؛ لأنها يفوت [٨١٧/ب] إلى خلف وهو الثمن.. فلا يفوت حق الغرماء.

بخلاف العبد المأذون المديون؛ لأن للغرماء حق الاستيفاء منه؛ أما ههنا.. فلا.

(**وإن أوصى ببيع شيء من تركته**) عروضاً أو عقاراً، (**والتصدق**) عطف على بيع شيء (**به**)؛ أي: بالثمن، (**فباعه وصيه وقبض ثمنه، فضاع في يده واستحق المبيع**) في

ضَمِنَهُ وَرجعَ بِهِ فِي التَّرِكَةِ.

وَلَو قَسَمَ الْوَصِيُّ التَّرِكَةَ فَأَصَابَ الصَّغِيرَ شَيْءٌ، فَقَبَضَهُ، وَبَاعَهُ، وَقبضَ...

يد المشتري (.. ضمنه) الوصي؛ لأنه هو العاقد، فتكون العهدة عليه، وهذه عهدة؛ لأن المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع، ولم يسلم، فقد أخذ الوصي البائع مال الغير؛ أي: الثمن بغير رضاء صاحبه.. فيجب عليه رده.

(ورجع) الوصي (به)؛ أي: بالثمن الذي ضمنه (في التركة)؛ أي: تركة الميت الموصي؛ لأنه عامل للميت، فيرجع عليه كالوكيل؛ لأنه عامل للموكل.

وكان أبو حنيفة يقول أولاً: إنه لا يرجع؛ لأنه ضمنه بقبضه، وهو فعل نفسه، ثم رجع إلى القول بالرجوع في جميع التركة.

وعند محمد: أنه يرجع في الثلث؛ لأن الرجوع بحكم الوصية، فأخذ حكمها، ومحل الوصية: الثلث.

ووجه ظاهر الرواية: أنه يرجع عليه بحكم التغرير من جهته، وذلك ألفان دين عليه، والدين يقضى من جميع التركة.

بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى بيع شيء من التركة للغرماء وقبض الثمن وضاع؛ حيث لا عهدة عليه؛ لأن في إلزامها القاضي تعطيل القضاء؛ إذ يتحامى عن تقلده حذراً عن لزوم الغرامة عليه، فتتعطل مصلحة العامة، وأمينه سفير عنه كالرسول، ولا كذلك الوصي؛ لأنه كالوكيل.. فعليه العهدة.

هذا: إذا كانت التركة قائمة، وإن كانت التركة هالكة، أو لم يكن بها وفاء.. لم يرجع الوصي بشيء؛ كما في سائر ديون الميت.

وفي «الزيلعي» عن «المنتقى»: لا يرجع الوصي في مال الميت بشيء، وإنما يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن؛ لأن غنمه لهم، فكان غرمه عليهم.

(ولو قسم الوصي التركة، فأصاب الصغير شيء فقبضه) الوصي، (وباعه وقبض

ثمنَهُ، فَضَاعَ وَاسْتحقَّ ذَلِكَ الشَّيْءُ.. رَجَعَ فِي مَالِ الصَّغِيرِ، وَالصَّغِيرُ على بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ بِحِصَّتِهِ.

وَلَا يَصحُّ بيعُ الْوَصِيِّ وَلَا شِرَاؤُهُ إلَا بِمَا يَتَغَابَنُ فِيهِ.

ثمنه، فضاع، واستحق ذلك الشيء.. رجع في مال الصغير)؛ لأنه عامل له، فيرجع في ماله.

(والصغير) يرجع (على بقية الورثة بحصته)؛ لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه.

(ولا يصح بيع الوصي) مال الصغيرمن الأجنبي، (ولا شراؤه)؛ أي: للصغير من الأجنبي، (إلا بما يتغابن) الناس (فيه)؛ لأن تصرف الوصي في مال الصغير نظر فيه، ولا نظر في الغبن الفاحش، بل بيعه بالغبن الفاحش: باطل على الأصح.

وقيل: فاسد؛ كما ذكرناه [٨١٨/أ] في البيع الفاسد.

بخلاف الغبن اليسير؛ لأن في اعتباره انسداد بابه؛ لعدم إمكان التحرز عنه.. فلا يعتبر.

أطلقه، فشمل: العروض والعقار، وفيه تفصيل:

ففي «قاضي خان»: وصي الأب إذا باع شيئاً من تركة الأب.. فهو على وجهين:

أحدهما: أن [لا][1] يكون على الميت دين ولا أوصى هو بوصية.

والثاني: أن يكون على الميت دين، أو أوصى بوصية.

ففي الوجه الأول: قال في «الكتاب»: للوصي أن يبيع كل شيء من التركة؛ من المتاع، والعروض، والعقار، إذا كانت الورثة صغاراً.

أما بيع ما سوى العقار: فلأن ما سوى العقار يحتاج إلى الحفظ، وعسى أن يكون حفظ الثمن أيسر.

---

(١) زيادة من «قاضي خان» (٣/٣٢٣).

ويبيع العقار أيضاً في جواب «الكتاب»، قال شمس الأئمة الحلواني: ما قال في «الكتاب»: قول السلف؛ أما على قول المتأخرين: لا يجوز للوصي أن يبيع العقار إلا بشرائط:

أحدهما: أن يرغب الإنسان في شرائها بضعف قيمتها.

أو يحتاج الصغير إلى ثمنها لنفقته.

أو يكون على الميت دين لا وفاء له إلا بثمنها.

أو يكون في التركة وصية مرسلة يحتاج في تنفيذها إلى ثمن العقار.

أو يكون بيع العقار خيراً لليتيم؛ بأن كان خراجها ومؤنتها يربو على غلاتها، أو كان العقار حانوتاً أو داراً يريد أن ينقض ويتداعى إلى الخراب.

فإن وقعت الحاجة للصغير إلى أداء خراجها؛ فإن كان في التركة مع العقار عروض.. يبيع ما سوى العقار، وإن كانت الحاجة لا تندفع بما سوى العقار.. فحينئذٍ يبيع العقار بمثل القيمة أو بغبن يسير.

ولا يجوز بيع الوصي بغبن فاحش لا يتغابن الناس في مثله.

وكذا: لو اشترى الوصي شيئاً لليتيم لا يجوز شراؤه بغبن فاحش.

هذا: إذا كانت الورثة كلهم صغاراً.

فإن كان الكل كباراً وهم حضور.. لا يجوز بيع الوصي شيئاً من التركة إلا بأمرهم.

فإن كان الكبار غيباً.. لا يجوز بيع الوصي العقار، ويجوز بيع ما سوى العقار، وتجوز إجارة الكل؛ لأن الوصي يملك حفظ مال الغائب، وبيع العروض يكون من الحفظ؛ أما العقار.. فمحفوظة بنفسها، إلا أن يكون العقار بحال يهلك لو لم يبع.. فحينئذٍ يصير العقار بمنزلة العروض.

وإن كانت الورثة كباراً كلهم؛ بعضهم غائب أو واحد منهم غائب والباقي

حضور [٨١٨/ب].. فإن الوصي يملك بيع نصيب الغائب فيما سوى العقار لأجل الحفظ عند الكل؛ فإذا.. جاز بيعه في نصيب الغائب عند الكل.. جاز بيعه في نصيب الحاضر أيضاً عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يجوز بيعه في نصيب الحاضر.

هذا: إذا لم يكن في التركة دين؛ فإن كان عليه دين يستغرق التركة.. للوصي أن يبيع جميع التركة للدين؛ عروضاً كان أو عقاراً.

فإن كان الدين قليلاً لا يستغرق التركة.. ملك الوصي البيع بقدر الدين عند الكل، وإذا ملك ذلك.. يملك بيع الباقي عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يملك.

وكذا: لو كان في التركة وصية مرسلة؛ فإن الوصي يملك البيع بقدر ما ينفذ الوصية عند الكل.

وإذا ملك بيع البعض.. يملك بيع الباقي، عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يملك.

ولو كان في الورثة صغير واحد والباقي كبار، وليس هناك دين، ولا وصية، والتركة عروض.. فإن الوصي يملك بيع نصيب الصغير عند الكل، فيملك بيع الباقي عند أبي حنيفة؛ فإذا باع الكل.. جاز بيعه في الكل.

وعندهما: لا يجوز بيعه في نصيب الكبار.

والأصل عند أبي حنيفة: أنه إذا ثبت للوصي بيع بعض التركة.. يثبت له ولاية بيع الكل.

هذا كله في موصي الأب.

ووصي وصي الأب: يكون بمنزلة وصي الأب.

وكذا: وصي الجد يكون بمنزلة وصي الأب.

ويصحَّانِ مِن نَفسِهِ إن كَانَ فِيهِ نفعٌ، خلافاً لَهما.

ووصي وصي الجد: بمنزلة وصي الجد.

ووصي وصي القاضي: بمنزلة وصي القاضي إذا كان عاماً.

وأما وصي الأخ ووصي الأم إذا ماتت الأم وتركت ابناً صغيراً وأوصت الأم إلى رجل، أو مات الرجل وترك أخاً صغيراً له، وأوصى إلى رجل.. يجوز بيع هذا الوصي فيما سوى العقار من تركة هذا الميت.

ولا يملك بيع العقار؛ لأنه لا يملك إلا الحفظ، وبيع ما سوى العقار من الحفظ.

ولا يجوز لهذا الوصي أن يشتري شيئاً للصغير إلا الطعام أو الكسوة؛ لأن ذلك من جملة حفظ الصغير هذه الجملة ذكرها قاضي خان في «فتاواه».

وهل يجوز بيع الوصي مال الصغير ممن لا تقبل شهادته له؛ من: أصله وفرعه وغيرهما.

ففي «العمادية»: قيم الوقف إذا باع الوقف ممن لا تقبل شهادته له.. لا يجوز عند أبي حنيفة.

وكذا: إذا أجر منه.

وكذا: الوصي.

وقيل: يجوز في الوصي كالمضارب، وتفصيله في «العمادية».

(ويصحان)؛ أي: بيع الوصي مال الصغير [٨١٩/أ] (من نفسه) أو مال نفسه من الصغير.

صورته على ما في «قاضي خان»: لو اشترى الوصي مال اليتيم لنفسه.. جاز.

وكذا: لو باع ماله من اليتيم.. جاز.

(إن كان فيه)؛ أي: في هذا البيع والشراء (نفع) للصغير، على قول أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قال محمد: إذا باع ماله من اليتيم أو اشترى مال اليتيم لنفسه..

لا يجوز على كل حال، وهو قول أبي يوسف أولاً، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة.

فسر السرخسي النفع فقال: إذا اشترى الوصي مال اليتيم لنفسه ما يساوي عشرة بخمسة عشر.. يكون خيراً لليتيم، وإن باع مال نفسه من اليتيم ما يساوي خمسة عشر بعشرة.. كان خيراً لليتيم.

وقال بعضهم: إن باع مال نفسه من اليتيم ما يساوي عشرة بثمانية.. يكون خيراً لليتيم، وإن اشترى ما يساوي ثمانية بعشرة.. يكون خيراً لليتيم.

هذا، ولو باع الأب ماله من ولده الصغير، أو اشترى لنفسه مال ولده الصغير؛ إن كان ذلك شراً للولد.. لا يجوز، وإن لم يكن شراً للولد.. جاز.

ولا يشترط الخيرية والنفع للولد، ويكفي فيه أن لا يكون شراً.

ولو اشترى الوكيل بالبيع أو بالشراء مال الموكل لنفسه، أو باع مال نفسه من موكله.. لا يجوز عندهم جميعاً؛ سواء كان خيراً أو شراً للموكل أو للوكيل؛ كذا في «قاضي خان».

وفيه أيضاً: وصي اشترى لنفسه شيئاً من تركة الميت؛ إن لم يكن للميت وارث لا صغير ولا كبير.. جاز.

وفي «العمادية» عن «شرح الطحاوي»: الجد في شراء مال اليتيم من نفسه أو بيع ماله من اليتيم: بمنزلة الأب.

بقي الكلام في بيع القاضي وشرائه مال اليتيم، ففي «العمادية»: القاضي إذا باع مال اليتيم من نفسه.. لا يجوز؛ لأنه إنما يجوز من القاضي على وجه الحكم، فلا يجوز حكمه لنفسه.

وفي بيوع «القنية»: لا يملك القاضي التصرف في مال اليتيم مع وجود الوصي ولو كان منصوباً.

وَلهُ دفعُ المَالِ: مُضَارَبَةً..

وذكر في «الصغرى» وقال: وما ذكر في «السير الكبير» من عدم جواز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه: محمول على قول محمد.

وأما على قول أبي حنيفة: فينبغي أن يجوز.

وذكر في «المنتقى» شراء القاضي مال اليتيم لنفسه في موضعين، ذكر في موضع: أنه لا يجوز، وفي موضع آخر: أنه بمنزلة شراء الوصي لنفسه، حتى لو رفع إلى قاض آخر.. ينظر فيه؛ فإن كان خيراً لليتيم.. أجاز، وإلا.. رده.

وفي [٨١٩/ب] «قاضي خان» عن الناطقي: لا يجوز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه، ولا بيع ماله من اليتيم، وكذا لو زوج اليتيم من نفسه.. لا يجوز.

قلت: وكذا: من ابنه، ذكره في «الصغرى».

بخلاف ما إذا اشترى مال اليتيم من وصيه، أو باع ماله من اليتيم وقبل الوصي؛ حيث أجازوا إن كان وصياً من جهة هذا القاضي.

هذا في بيع الوصي مال الصغير، وهل يجوز بيع الصغير المأذون؟

ففي «العناية»: والصبي المأذون أو العبد المأذون له والمكاتب: يجوز بيعهم وشراؤهم، ولو بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة؛ لأنهم يتصرفون بحكم المالكية والأهلية، لا بأمر المولى والوصي؛ لأن الإذن فك، فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد.

بخلاف الوصي؛ فإن تصرفه نيابة فيتقيد بالنفع والخيرية.

(وله)؛ أي: للوصي (دفع المال)؛ أي: مال الصغير (مضاربة).

وهل له أن يأخذه مضاربة؟

ففي «العمادية»: للوصي أن يدفع مال اليتيم مضاربة، وأن يعمل به مضاربة؛ ففي «قاضي خان»: لا وصي أن يأخذ مال اليتيم مضاربة.

أطلقه، فشمل: المضاربة الصحيحة والفاسدة، وفيه تفصيل.

ففي «البزازية»: للوصي أن يأخذ مال اليتيم مضاربة، وإن أخذه على أن له عشرة من الربح.. فمضاربة فاسدة، وإن عمل.. لا أجر له.

وهو مشكل؛ فإن المضاربة إذا فسدت.. تكون إجارة فاسدة، والمنافع تتقوم في الإجارة الفاسدة، ويلزم أجر المثل.

والجواب: أنه قد برهن على أن المنافع غير متقوم، وأنه الأصل فيها؛ فلو أوجب الأجر.. لزم إيجاب المتقوم في غير المتقوم نظراً إلى الأصل، وإنه لا يجوز في مال اليتيم والصغير، والمتقوم بالعقد الصحيح: بالتقوم الدالة عليه، والنص لم يرد في الفاسدة والدار.

وفي الصحيح: لا يكون وارداً في الفاسد في حق الصغير. انتهى.

وهل للأب ذلك؟

ففي «العمادية»: إن للأب أن يجعل مال الصغير مضاربة عند نفسه، وينبغي له أن يُشهد على ذلك عند الابتداء، ولو لم يُشهد.. يحل له فيما بينه وبين ربه، ولكن القاضي لا يصدقه.

وكذلك إذا شاركه ورأس ماله أقل من مال الصغير؛ فإن أشهد.. يكون الربح على ما شرط، وإن لم يشهد.. يحل ديانة، ولا يصدقه القاضي، ويجعل الربح على قدر رأس المال.

وهذا كله في الوصي. انتهى.

ثم قال نقلاً عن «شرح الطحاوي»: لو تصرف الأب أو الوصي [٨٢٠/أ] من مال الصغير وظهر الربح، ثم قال: كنت مضاربة.. لا يكون له من الربح شيء، إلا أن يُشهد عند التصرف أنه يتصرف بحكم المضاربة، وهذا في [...][1] ويحل له الربح ديانة.

(١) بياض في المخطوط.

وَشركَةً، وبضاعةً، وَقبُولُ الْحَوَالَةِ على الْأَمْلَأ لَا على الأَعْسَرِ.

وَلَا يجوزُ لَهُ وَلَا للْأَبِ الْإِقْرَاضُ.

وفي آخر «القنية»: إذا أخذ الوصي مال اليتيم مضاربة لنفسه؛ هل يشترط التلفظ به، أم يكفيه النية؟

لا رواية فيه منصوصاً، ولا جواب عن المتأخرين. انتهى.

(وشركة، وبضاعة)؛ لأنه قائم مقام الأب، وللأب ذلك.. فكذا للوصي.

(وقبول الحوالة على الأملأ)؛ أي: الأقدر على أداء الدين من المحيل المديون، (لا على الأعسر)؛ أي: من المحيل المديون؛ لما فيه من الضرر للصغير.

وكذا: لا يجوز لو كان الثاني؛ أي: المحال عليه مثل الأول لا أملأ منه؛ كذا في «قاضي خان».

(ولا يجوز له)؛ أي: للوصي (ولا للأب الإقراض).

في «العمادية» نقلاً عن «العدة»: الوصي لا يقرض مال اليتيم، ومع هذا لو أقرض.. لا يكون خيانة، حتى لا يستحق به العزل.

والقاضي يقرض مال اليتيم، ومع هذا: لو أقرض لا يكون خيانة، حتى لا يستحق به العزل، والقاضي يقرض مال اليتيم.

وتكلموا في الأب، والأصح: أنه بمنزلة الوصي؛ لأن القاضي يملك الاسترداد، ولا كذلك الأب والوصي.

وفي موضع آخر منها: وليس للوصي الذي نصبه القاضي: أن يقرض مال اليتيم، وإن أقرض.. كان ضامناً.

والأب لو أقرض من غيره.. قالوا: لا يجوز؛ لأنه تبرع.

وبعضهم جوزوا له القرض؛ فإنه يكون ديناً على المستقرض.

ولو أودع.. جاز؛ فكذا إذا أقرض، بل أولى.

وَيجوزُ للْأَبِ الاقتراضُ، لَا الْوَصِيّ.

والقاضي يملك إقراض مال اليتيم والغائب.

وذكر ظهير الدين: القاضي إنما يملك إقراض مال اليتيم، إذا لم يجد ما يشتري به.. يكون غلة لليتيم.

وأما إذا وجد ذلك.. فلا يملك الإقراض، بل يتعين عليه الشراء.

وكذا: إذا وجد من يدفع إليه مضاربة.. لا يملك الإقراض؛ لأن المضاربة أنفع من القرض.

واختلفوا في الأب، والصحيح: أنه بمنزلة الوصي لا القاضي.

(ويجوز للأب الاقتراض)؛ أي: أخذ مال اليتيم قرضاً لنفسه، (لا الوصي)؛ أي: لا يجوز للوصي أخذ مال اليتيم قرضاً.

في «العمادية»: ولو استقرض الوصي من مال اليتيم لنفسه.. ضمن.

وعن محمد: أنه لا يضمن.

والأب لو فعل ذلك.. لا يضمن.

وفي «فوائد» صاحب «المحيط»: الوصي إذا استقرض مال اليتيم [٨٢٠/ب].. هل يصح؟

ذكر شيخ الإسلام: أنه لا يملك ذلك في قول أبي حنيفة.

وذكر شمس الأئمة: أن فيه اختلاف المشايخ.

وقال بعضهم: إن كان الوصي ملياً.. يملك، وإلا.. فلا يملك.

والأصح: أنه لا يملك.

ولو قضى الوصي دين نفسه من مال الصغير.. لا يجوز.

ولو فعل الأب ذلك.. يجوز.

وفي «العمادية» أيضاً نقلاً عن «فوائد» صاحب «المحيط»: الوصي إذا استقرض

وَلَا يتَّجرُ فِي مَالِ الصَّغِيرِ.

وَيجوزُ بَيْعُهُ على الْكَبِيرِ الْغَائِبِ غيرَ الْعقارِ.

مال اليتيم وتصرف فيه وربح، ثم أنفق على اليتيم مدة من هذا المال الذي تصرف فيه.. يكون متبرعاً، وليس له أن يأخذ بحساب ماله؛ لأنه صار ضامناً، فلا يخرج عن العهدة ما لم يرفع الأمر إلى القاضي، أو إلى منصوب القاضي.

وكذا المتولي. والله أعلم.

(ولا يتجر في مال الصغير) لنفسه؛ لأن المفوض إليه: الحفظُ دون التجارة.

في «قاضي خان»: لا يجوز للوصي أن يتجر لنفسه مال اليتيم؛ فإن فعل وربح.. يضمن رأس المال، ويتصدق بالربح في قول أبي حنيفة ومحمد.

وعند أبي يوسف: يسلم إليه الربح أيضاً، ولا يتصدق بشيء من الربح، وإنما.

قلنا: «لنفسه»؛ لأنه لا يجوز للوصي أن يتجر في مال الصغير للصغير؛ كما في «قاضي خان» وغيره.

(ويجوز بيعه على الكبير الغائب غير العقار)؛ لأن الأب إنما يلي ما سوى العقار دونه، فكذا: وصيه، وهذا استحسان.

والقياس: أن لا يلي الوصي غير العقار أيضاً؛ لأنه لا يملكه الأب على الكبير الغائب.

وجه الاستحسان: أن غير العقار يتسارع الفساد إليه، وأما العقار.. فمحصن بنفسه.

ولا يخفى عليك: أن هذا إذا لم يكن في التركة دين؛ فإن كان فيها دين؛ فإن كان مستغرقاً.. فله أن يبيع الجميع، وإن كان غير مستغرق.. يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار.

والزيادة عليه من المنقول: بالاتفاق.

ومن العقار أيضاً: عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، وقد تقدم من قبل.

ووصيُّ الْأَبِ أَحَقُّ بِمَالِ الصَّغِيرِ مِن جدِّهِ.

فإِنْ لم يُوصِ الْأَبُ.. فالجدُّ: كَالْأَبِ.

(**ووصي الأب: أحق بمال الصغير من جده؛ فإن لم يوص الأب.. فالجد كالأب**)؛ لأنه أقرب الناس إليه، وأشفقهم عليه، حتى يملك الإنكاح دون الوصي، غير أن وصي الأب يقدم عليه في التصرف؛ لأنه اختاره مع علمه بقيام الجد، فيقدم عليه.

هذا قول محمد؛ فإنه أقام الجد - أب الأب - مقام الأب في التصرف في تركة الميت.

وفرق [٨٢١/أ] أبو حنيفة بين وصي الأب وبين الجد، وقال: يجوز بيع الوصي تركة الميت على الصغير لقضاء دين الميت، ولا يجوز ذلك للجد.

ففي «قاضي خان»: إذا مات الرجل وترك أولاداً صغاراً وأباً، ولم يوص إلى أحد.. كان الأب بمنزلة الوصي في حفظ التركة والتصرف فيهما؛ أيَّ تصرف كان.

وإن كان على الميت دين كثير.. فأب الأب - وهو جد الصغار - لا يملك بيع التركة لقضاء الدين.

وكذا: الرجل إذا أذن لابنه الصغير المراهق الذي يعقل البيع والشراء، فتصرف الابن تصرفاً وركبته ديون، ثم مات هذا الابن وترك أباً.. فإن الأب لا يملك التصرف في تركته لقضاء الدين.

وصي الميت إذا باع التركة لقضاء الدين والدين غير محيط.. جاز بيعه عند أبي حنيفة.

ولا يجوز عندهما.

وإن لم يكن في التركة دين، ولكن في الورثة صغير، فباع القاضي كل التركة.. نفذ بيعه في قول أبي حنيفة.

وفرق أبو حنيفة بين الوصي وأب الميت فقال: لوصي الميت أن يبيع التركة لقضاء الدين، وينفذ الوصية.

فأما أب الميت وهو جد الأولاد الصغار.. فليس له أن يبيع التركة على الأولاد الصغار لولده لأجل قضاء الدين على الميت.

قال شمس الأئمة الحلواني: هذه فائدة تحفظ من الخصاف.

وأما محمد: أقام الجد مقام الأب، فقال: إذا مات الرجل وترك وصياً وأباً.. كان الوصي أولى من الأب.

وإن لم يكن له وصي.. فالأب أولى، ثم وثم، إلى أن قال: فوصي الجد، ثم وصي القاضي.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: بقول الخصاف يفتى. انتهى.

* * *

(فَصْلٌ)

شهدَ الوصيَّانِ أَنَّ الْمَيِّتَ أَوصى إِلَى زيدٍ مَعَهُمَا.. لَا تُقبَلُ إِلَّا أَن يَدَّعِيهِ زيدٌ.

وَكَذَا: لَو شهدَ ابْنا الْمَيِّتِ.

ولَغَت شَهَادَةُ الْوَصِيّينِ بِمَالٍ للصَّغِيرِ.

(فَصْلٌ)

(شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى زيد معهما)؛ أي: جعله وصياً له معهما (.. لا تقبل)؛ لأنهما يجران نفعاً لأنفسهما بإثبات المُعِين لهما، فترد للتهمة؛ فإذا ردت شهادتهما.. ضم القاضي إليهما ثالثاً؛ لأن في ضمن شهادتهما: إقراراً منهما بوصي آخر معهما للميت، وإقرارهما: حجة عليهما، فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه، وجاز ذلك للقاضي مع وجود الوصي؛ لامتناع تصرفهما بدونه؛ لإقرارهما عليهما.

(إلا أن يدعيه زيد)؛ أي: يدعي أنه وصي للميت.. فحينئذٍ تقبل شهادتهما استحساناً.

والقياس: أن لا تقبل كالأول.

وجه الاستحسان: أنه يجب على القاضي أن يضم إليهما ثالثاً؛ لما بيناه آنفاً، فسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه، فيكون [٨٢٠/ب] وصياً معهما بنصب القاضي.

(وكذا) عطف على المستثنى منه؛ أي: لا تقبل (لو شهد ابنا الميت) بأن أباهم أوصى إلى زيد؛ لجرهم نفعاً لأنفسهم بشهادتهم بنصب حافظ للتركة، فصاروا متهمين.

وإن ادعى المشهود له - وهو زيد - تقبل شهادتهم استحساناً؛ كما ذكرناه.

(ولغت شهادة الوصيين بمال للصغير)؛ سواء كان ذلك المال منتقلاً إلى الصغير من مال الميت المورث، أو لا، ولذا أطلقه.

وَكَذَا: للكبيرِ فِي مَالِ الْمَيِّتِ.

وَصحَّت لَهُ فِي غَيرِه.

وَعِنْدَهُمَا: تصحُّ للكبيرِ فِي الْوَجْهَيْنِ.

وَشَهَادَةُ الْوَصِيِّ على الْمَيِّتِ: جَائِزَةٌ،..............................

(وكذا)؛ أي: لغت شهادة الوصيين (للكبير)؛ أي: للوارث الكبير (في مال الميت).

قيده بمال الميت؛ لأن شهادتهما للكبير مقبولة في غير مال الميت؛ لانقطاع ولايتهما عن غير مال الميت؛ لأن الميت أقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها.

بخلاف ما إذا كان الوارث صغيراً؛ حيث لا تقبل شهادتهما في الكل؛ لأن لوصي الأب التصرف في مال الصغير جميعاً من تركة الميت، أو لا.. فيكونان بشهادتهما متهمين في الكل؛ لأنهما يجران نفعاً لأنفسهما في شهادتهما؛ أعني: إثبات الولاية لهما، وكذا: يجران لأنفسهما ولاية الحفظ، وولاية بيع المنقول بشهادتهما للوارث الكبير في مال الميت عند غيبة الوارث، فيتهمان.. فلا تقبل.

(وصحت له)؛ أي: للوصي لو قال: «لها».. لكان أنسب.

(في غيره)؛ أي: في غير مال الميت؛ لما ذكرناه من انقطاع ولايتهما عنه، هذا كله عند أبي حنيفة.

(وعندهما: تصح للكبير في الوجهين)؛ أي: في مال الميت وغيره؛ لأن ولاية التصرف لا تثبت للوصي في مال الميت إذا كان الوارث كبيراً.. فلا تهمة في شهادتهما، فتقبل.

والجواب: ما ذكرناه؛ من أن للوصي ولاية الحفظ وبيع المنقول عند غيبة الوارث.

(وشهادة الوصي على الميت جائزة) إذا لم يكن في هذه الشهادة جر نفع لنفسه.

لَا لَهُ، وَلَو بعدَ الْعَزْلِ، وَإِن لم يُخَاصِم.

(لا له، ولو) كانت تلك الشهادة (بعد العزل)؛ أي: عزل الوصي عن الوصاية.

(وإن لم يخاصم)؛ لأن الوصي لا ينعزل إلا بعزل القاضي، وذلك لا يكون إلا بعد ثبوت الوصاية عند القاضي، فالوصاية لمَّا اتصل بها القضاء.. صار الوصي خصماً في حقوق الميت الموصي على غرمائه، فشهادته بعد العزل: شهادة الخصم.

فلا تقبل وإن لم يخاصم بالفعل.

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: شهادة الموصي بحق للميت على غيره بعدما أخرجه القاضي عن الوصاية، قبل الخصومة أو بعدها [٨٢٢/أ].. لا تقبل. انتهى.

أقول: هذه المسألة مشكلة بما ذكره في «البزازية» قبيل هذه المسألة بأسطر؛ حيث قال: وشهادة الوصي بعد العزل للميت إن خاصم.. لا تقبل، وإلا.. تقبل. انتهى.

هذا بخلاف الوكيل؛ فإن الموكل لو عزله عن الوكالة بعد الخصومة.. لا تقبل شهادته للموكل؛ سواء كانت الوكالة عامة أو خاصة.

وفيه تفصيل؛ ففي «الخلاصة»: وأما شهادة الوكيل للموكل.. فالوكالة خاصة أو عامة:

أما الخاصة: إذا وكل رجلاً بطلب ألف درهم قِبَلَ رجل معين وبالخصومة فيها؛ إذا خاصمه عند غير القاضي، ثم عزل الوكيل قبل الخصومة في مجلس القضاء، ثم شهد بهذا الألف لموكله.. جازت شهادته عندهما.

وعند أبي يوسف: لا تجوز؛ بناء على أن عنده بنفس الوكالة قام مقام الموكل؛ فلو أن القاضي جعله خصماً، ثم أخرجه الموكل من الوكالة، فشهد له بعد ذلك بحق كان له يوم وكله، أو حدث له بعد ذلك عليه قبل أن يخرجه من الوكالة.. لم تجز شهادته.

قال: «جعله وكيلاً فيما يحدث له بعد ذلك»، وفيه نظر؛ لأن المسألة محفوظة

فيما إذا وكله بالخصومة في كل حق له بقبضه قِبَل رجل معين، وإنه لا يتناول ما يحدث.

أما إذا وكله بطلب كل حق له قِبَل الناس أجمعين.. فالخصومة تنصرف إلى الحقوق القائمة يوم وكله وإلى ما يحدث أيضاً، فيحمل ذاك على الوكالة العامة.

رجل وكل رجلاً بالخصومة في كل حق له، وقبضه من الناس مطلقاً، وقدم الوكيل رجلاً وأقام عليه البينة، وجعله القاضي خصماً، ثم أخرجه الموكل من الوكالة.. لم تجز شهادته له، لا على هذا الرجل، ولا على غيره ممن كان للموكل عليه حق يوم وكله، ولا مما حدث بعد ذلك على الناس إلى يوم أخرجه من الوكالة.

قال في «البزازية»: وكَّله بالخصومة عند القاضي، فخاصم المطلوب بألف درهم عند القاضي، ثم أخرجه الموكل عنها، فشهد الوكيل: أن للموكل على المطلوب مائة دينار.. تقبل.

ولو وكله عند غير القاضي فأشهد على الوكالة، فخاصم المطلوب بألف، وبرهن على الوكالة، ثم عزله الموكل عنها، فشهد له على المطلوب بمائة دينار مما كان له عليه بعد القضاء له بالوكالة.. لا تقبل؛ لأن الوكالة لما اتصل بها القضاء.. صار الوكيل خصماً في حقوق الموكل على [٨٢٢/ب] غرمائه؛ فشهادته بعد العزل: شهادة الخصم.. فلا تقبل.

بخلاف الأول؛ لأن القاضي علم بوكالته، وعلمه ليس بقضاء، فلم يتصل القضاء بوكالته.. فلا يصير خصماً، فتقبل في غير ما صار خصماً.

بخلاف ما إذا اتصل القضاء بوكالته؛ لأنه صار خصماً في جميع حقوقه.

وإن خاصمه في غير مجلس القضاء، ثم عزله فشهد.. تقبل اتفاقاً.

ولو جعله القاضي خصماً، ثم أخرجه عنها فشهد بحق كان له يوم الوكالة، أو حدث له بعدها عليه قبل إخراجه عنها.. لا تقبل لو كانت الوكالة عامة.

وَلَو شهدَ رجلَانِ لآخرَيْنِ بدَينِ ألفٍ على ميّتٍ، والآخرَان لَهما بِمثلِهِ.. صحَّتا.

خلافاً لأَبي يُوسُفَ.

ولو كانت خاصة.. لا تقبل فيما كان له يوم الوكالة.

والحاصل في الوكالة العامة بعد الخصومة: لا تقبل شهادته لموكله على المطلوب، ولا على غيره في الحقوق القائمة يوم الوكالة، ولا في الحادثة إلا في الواجب بعد العزل. انتهى.

(ولو شهد رجلان لآخرين بدين ألف على ميت) كلٌّ مِنَ الباء، واللام، وعلى: متعلق بشهد، (والآخران)؛ أي: ولو شهد الآخران المذكوران؛ أي: المشهود لهما؛ لأن النكرة إذا أعيدت معرفة.. كان اللاحق عين السابق، (لهما)؛ أي: لرجلين سابقين؛ أي: الشاهدين (بمثله)؛ أي: بمثل الدين المذكور (.. صحتا) كل من الشهادتين عند أبي حنيفة ومحمد.

(خلافاً لأبي يوسف).

وفي رواية الخصاف: أن أبا حنيفة مع أبي يوسف.

وجه القبول: أن الدين يجب في الذمة، وهي قابلة لحقوق شتى.. فلا شركة فيها، ولهذا: لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما.. ليس للآخر حق المشاركة فيه.

ووجه الرد: أن الدين بالموت يتعلق بالتركة؛ إذ الذمة خرجت بالموت، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة.. يشاركه الآخر فيه، فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة، فتحققت بالتهمة.

بخلاف حياة المديون؛ لأنه في الذمة لبقائها، لا في المال، فلا تتحقق الشركة.

والجواب عنه: لا نسلم أن الدين ينتقل بالموت من الذمة إلى التركة، ألا ترى: أن التركة لو هلكت.. لا يسقط الدين، وأن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر.. فلا تتمكن الشركة بينهم.

وَلَو شهدَ كلُّ فريقٍ للْآخرِ بِوَصِيَّةِ ألفٍ.. لَا تصحُّ.

وَلَو شهدَ أَحدُ الْفَرِيقَيْنِ للْآخرِ بِوَصِيَّةِ جَارِيَةٍ، وَالْآخرُ لَهُ بِوَصِيَّةِ عبدٍ.. صحَّت.

وَإِن شهدَ الآخرُ لَهُ بِوَصِيَّةِ ثُلُثٍ.. لَا تصحُّ.

(**ولو شهد كل فريق للآخر بوصية ألف.. لا تصح**)؛ فإن حق الموصى له يتعلق بعين التركة، حتى لا تبقى بعد هلاك التركة، وليس للوارث أن يستخلص التركة ويعطيه من محل آخر.

ولو قبض أحد الفريقين [٨٢٣/أ] شيئاً من التركة.. كان للفريق الآخر أن يشاركه، فكان كل فريق في الوصية بثلث ماله.

صورتها: لو شهد رجلان لآخرين بوصية ألف مرسلة، أو بوصية ثلث ماله، وشهد المشهود لهما للشاهدين المذكورين بمثل تلك الوصية.. لا تصح؛ لما ذكرناه.

(**ولو شهد أحد الفريقين للآخر بوصيةِ جاريةٍ، و**)شهد الفريق (**الآخر له**)؛ أي: للفريق الأول (**بوصية عبد.. صحت**) بالاتفاق؛ إذ لا شركة.. فلا تهمة.

(**وإن شهد**) الفريق (**الآخر له**)؛ أي: للفريق الأول؛ أي: الشاهدين (**بوصية ثلث.. لا تصح**) بالاتفاق؛ لأن هذه الشهادة تثبت شركة في المشهود به.

* * *

(كتاب الخنثى)

(كِتَابُ الْخُنْثَى)

هُوَ: مَن لَهُ ذَكَرٌ وَفَرْجٌ.

وإِنْ بَالَ من أَحدِهمَا.. اعْتُبِرَ بِهِ.

(كِتَابُ الخُنْثَى)

لما فرغ من بيان أحكام غالب الوجود.. ذكر أحكام نادر الوجود عقبه.

(هو من له ذكر وفرج)، وهو تعريفه.

وعرفه بعضهم: بمن له آلة الرجال وآلة النساء معاً، أو ليس شيء منهما أصلاً.

وهذا التعريف أعم مما ذكره المصنف.

وكلمة «أو» في هذا التعريف ليس للشك، ولا للتشكيك، بل للتقسيم والتنويع.

ثم شرع في بيان أحكامه مفرعاً على تعريفه، فقال: (فإن بال من أحدهما.. اعتبر به).

واعلم: أن الاشتباه في الخنثى المشكل حال الولادة؛ إما بتعارض الآليتين أو بفقدانهما جميعاً.

فإن وقع الاشتباه بالتعارض.. فالحكم للمبال؛ لأن منفعة الآلة عند انفصال الولد من الأم: خروج البول، فهو المنفعة الأصلية للآلة، وما سواه من المنافع: تحدث بعد ذلك؛ فإن بال من آلة الرجال.. فهو ذكر والآلة الأخرى زيادة، خرق في البدن.

وإن بال من آلة النساء.. فهو نساء، والآلة الأخرى كثؤلول في البدن.

روى محمد، عن أبي يوسف، عن الكلبي، عن ابن صالح، عن ابن عباس: أنه ﷺ لما سئل كيف يورث مولود كذلك. قال: «من حيث يبول».

وقد روي مثله عن علي وجابر.

وَإِن بَالَ مِنْهُمَا.. اعْتُبِرَ الأَسبقُ.

وإِنِ اسْتَوِيَا في السبق.. فَهُوَ مُشكِلٌ وَلَا اعْتِبَارَ بِالْكَثْرَةِ.

خلافاً لَهما.

فَإِذا بلغَ؛ فَإِن ظَهَرَتْ بعضُ عَلَامَاتِ الرِّجَالِ مِن: نَبَاتِ لحيةٍ،..........

وإن وقع الاشتباه بفقدان الآلتين جميعاً.. فقد قال محمد: هو عندنا والخنثى المشكل: سواء.

وقال الشريف: ومراده: أنه مات قبل أن يدرك فيستبين حاله بنبات اللحية أو بشهود الثدي.

(بال منهما.. اعتبر الأسبق)؛ لأن السبق من أسباب الترجيح، وذلك: لأنه لما خرج من أحدهما.. حكم حال الخروج بأنه على تلك الصفة، فلا يتغير هذا الحكم بخروجه من الأخرى؛ كما إذا أقام رجل بينة على نكاح امرأة، فقضي له بها، ثم أقام آخر بينة [٨٢٢/ب] أخرى.. لم يلتفت إليها.

وكذا: إذا أقام بينة على نسب مولود فحكم له به، ثم ادعاه آخر وأقام البينة.. لم يلتفت إلى الثاني.

(وإن استويا في السبق)؛ أي: لم يوجد سبق في الخروج (.. فهو مشكل) عند أبي حنيفة، حتى قال: لا علم لي بذلك.

(ولا اعتبار بالكثرة) عنده.

(خلافاً لهما)، قالا: يعتبر أكثرهما بولاً؛ لأن الكثرة تدل على زيادة القوة.

وإذا استويا في المقدار.. قالا: لا علم لنا بذلك.

قالوا: إن الاعتراف بعدم العلم يدل على فقه الرجل وديانته.. فلا طعن على أبي حنيفة وصاحبيه.

(فإذا بلغ) صاحب الآلتين؛ (فإن ظهرت بعض علامات الرجال من نبات لحية

أَو قُدرَةٍ على الْجِمَاعِ، أَوِ احْتِلَامٍ كَالرّجلِ فَرجلٌ.

وإِن ظَهَرَ بعضُ عَلَامَاتِ النِّسَاءِ مِن: حيضٍ، وَحَبَلٍ، وانكسارِ ثديٍ، ونزولِ لبنٍ فِيهِ، وتمكينٍ مِنَ الْوَطْءِ.. فامرأَةٌ.

وَإِن لم يظْهر شَيْءٌ، أَو تَعَارَضَت.. فمُشْكِلٌ.

قَالَ مُحَمَّدٌ: الْإِشْكَالُ قبلَ الْبلُوغِ، فَإِذا بلغَ.. فَلَا إِشْكَالَ.

وَإِذا ثَبتَ الْإِشْكَالُ.. أُخِذَ فِيهِ بالأَحوطِ:

فيصلّي بقناعٍ.

وَيقفُ بَينَ صفَّيِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، فَلَو وقفَ فِي صفِّهم.. يُعِيدُ مَن لاصقَهُ مِن جانَبيهِ، وَمَن..

أو قدرة على الجماع) بذكره، **(أو احتلام كالرجل)** تمثيل لكل من الجماع و الاحتلام **(فرجل)**.

(وإن ظهر بعض علامات النساء من حيض وحبل وانكسار ثدي ونزول لبن فيه، وتمكين من الوطء.. فامرأة)؛ عملاً بالعلامات الظاهرة.

(وإن لم يظهر شيء) من العلامتين بعد البلوغ، **(أو تعارضت)** العلامتان الظاهرتان بعد البلوغ **(.. فمشكل)**.

(قال محمد: الإشكال قبل البلوغ) لتعارض الآلتين وقت الولادة.

(فإذا بلغ.. فلا إشكال)؛ لأنه بعد البلوغ لا بد وأن يظهر عليه بعض علامات الذكر أو الأنثى من العلامات المذكورة من الطرفين، فلا يبقى إشكال بعده.

(وإذا ثبت الإشكال) بعد البلوغ؛ أي: تقرر كما كان قبل البلوغ ولم يزل بظهور علامة **(.. أخذ فيه بالأحوط، فيصلي بقناع)**؛ لاحتمال أنه امرأة.

(ويقف) في الصلاة خلف الإمام **(بين صفي الرجال والنساء، فلو وقف في صفهم)**؛ أي: الرجال **(يعيد)** الصلاة **(من لاصقه)** من الرجال **(من جانبيه، ومن)**

بحذائِهِ مِن خَلفِهِ، وَإِن فِي صفِّهِنَّ.. أَعَادَ هُوَ.

ولَا يلبَسُ حَرِيراً، وَلَا حُلِيّاً.

ويلبس الْمَخيطَ فِي إِحْرَامِهِ.

وَلَا يَكْشفُ عِنْدَ رجلٍ وَلَا امْرَأَةٍ.

وَلَا يَخْلُو بِهِ غيرُ مَحْرَمٍ من رجلٍ أَوِ امْرَأَةٍ.

وَلَا يُسَافر بلا محرَمٍ.

وَلَا يختِنُهُ رجلٌ وَلَا امْرَأَةٌ،......................................

عطف على «من» السابق (بحذائه من خلفه).

(وإن) وقف (في صفهن)؛ أي: صف النساء (.. أعاد هو) صلاته احتياطاً؛ لاحتمال أنه رجل.

(فلا يلبس حريراً، ولا حلياً، ويلبس المخيط في إحرامه، ولا يكشف).

والمراد بالانكشاف هنا: هو أن يكون في إزار واحد، لا إبداء موضع العورة؛ لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضاً؛ كذا في «العناية».

وقال فيها أيضاً: وهذه المسألة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة: كنظر الرجال إلى ذوات المحارم، لا كنظر الرجل إلى الرجل؛ لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل.. لجاز له التكشف للنساء في إزار واحد. انتهى.

وفيه [٨٢٤/أ] نظر؛ لأنه إنما لم يجز له التكشف في إزار واحد؛ لاحتمال أنه ذكر، لا لعدم جواز نظر المرأة للمرأة مثل نظر الرجل إلى الرجل.

(عند رجل)، الكل: لاحتمال أنه امرأة.

(ولا امرأة)؛ لاحتمال أنه رجل.

(ولا يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة)؛ لاحتمال أنه امرأة.

(ولا يسافر بلا محرم، ولا يختنه رجل، ولا امرأة) حتى يستبين أمره أنه رجل أو امرأة.

بل تُبْتَاعُ لَهُ أَمَةٌ تختِنُهُ مِن مَالِهِ إِن كَانَ لَهُ مَالٌ، وإِلَّا.. فَمِن بَيتِ المَالِ، ثُمَّ تُبَاعُ.

فَإِن مَاتَ قبلَ ظُهُورِ حَالِهِ.. لَا يُغَسَّلُ، بل يُيَمَّمُ.

ويكفَّنُ فِي خَمْسَةِ أَثْوَابٍ.

وَلَا يحضرُ بَعْدَمَا راهقَ غُسْلَ رجلٍ وَلَا امْرَأَةٍ.

وَنُدِبَ تسجيةُ قَبرِهِ، وَيُوضَعُ الرَّجُلُ مِمَّا..............................

(بل تباع له أمة تختنه من ماله إن كان له مال، وإلا)؛ أي: وإن لم يكن له مال (.. فمن بيت المال، ثم تباع) الأمة، ويوضع ثمنها في بيت المال.

(فإن مات قبل ظهور حاله.. لا يغسل)؛ لأن حل غسل الرجل المرأة وعكسه غير ثابت بين الرجال والنساء في الشرع؛ فإن النظر إلى العورة: حرام، والحرمة لم تنكشف بالموت، إلا أن نظر الجنس إلى الجنس: أخف؛ فلأجل الضرورة: أبيح نظر الجنس إلى الجنس عند الغسل؛ فإذا مات مشكلاً.. لم يعرف له جنس، فتعذر غسله؛ كمن تعذر غسله لعدم ما يغسل به.. فلا يغسل.

(بل ييمم) بالصعيد؛ كامرأة ماتت بين رجال، أو رجل مات بين النساء؛ فإنه ييمّم بالصعيد مع الخرقة إن يمّم الأجنبي، وبغيرها إن كان الميمم ذا رحم محرم من الميت.

وينظر الميمم إلى وجهه، ويعرض وجهه عن ذراعيه؛ لجواز أن يكون امرأة، ولا يشتري جارية للغسل كما كان يفعل للختان؛ لأنه بعد الموت لا يقبل المالكية؛ فالشراء غير مفيد، بخلاف الشراء للختان؛ فإنه في حال الحياة: له أهلية الملك فيها.

(ويكفن في خمسة أثواب)؛ لاحتمال أنه امرأة.

(ولا يحضر بعدما راهق غسل رجل)؛ لاحتمال أنه امرأة.

(ولا امرأة)؛ لاحتمال أنه رجل.

(وندب تسجية قبره، ويوضع الرجل)؛ أي: في المصلى حين يصلى عليه: (مما

يَلِي الإِمَامَ، ثمَّ هُوَ، ثمَّ الْمَرْأَةُ إِن صُلِّيَ عَلَيْهِم جملَة.

وَله أَخَسُّ النَّصِيبَيْنِ مِنَ الْمِيرَاثِ عِنْدَ الإِمَامِ؛..........................

يلي الإمام)؛ أي: يقرب منه، **(ثم)** يوضع **(هو)**؛ أي: الخنثى المشكل، **(ثم)** توضع **(المرأة إن صلي عليهم جملة)**؛ اعتباراً بحال الحياة؛ لأنه يقوم بين صف الرجال والنساء في الحياة.

(وله)؛ أي: للخنثى: **(أخس النصيبين من الميراث عند الإمام)**، وهو قول أبي يوسف أولاً.

والمراد به: أقل نصيبي الذكر والأنثى، وهو: نصيب الأنثى.

فإن قيل: لماذا لم يقل: «له نصيب الأنثى»؟

أجيب: بأن نصيب الأنثى:

قد يساوي نصيب الذكر؛ كما في أولاد الأم.

وقد يزيد عليه؛ كما إذا تركت زوجاً، وأماً، وأختاً لأم، وخنثى لأب.. فالمسألة من ستة، وتصح منها [٨٢٤/ب]:

إذا جعلت الخنثى ذكراً.. فللزوج نصفها وهو ثلاثة، وللأم سدسها وهو واحد، ولولد الأم سدس آخر، فيبقى واحد وهو للخنثى بالعصوبة؛ لكونه أخاً لأب.

وإن جعلته أنثى.. كان أختاً لأب، وحينئذ: تعول المسألة إلى ثمانية، ثلاثة منها للزوج، وواحد للأم، وواحد آخر للأخت لأم، وثلاثة أخرى للخنثى؛ لكونها صاحبة نصف.

ومن الظاهر: أن ثلاثة من ثمانية: أكثر من واحد من ستة.

فإن قيل: فما فائدة التعبير بأخسِّ النصيبين دون أقل النصيبين؟

أجيب: بأنه لو لم يرد بأقل النصيبين أخسَّهما؛ أي: أسوأ حالتي الذكورة والأنوثة.. لاشتبه الأمر فيما إذا كان بحيث يورث في إحدى الحالتين، ويحرم في الأخرى؛ كما إذا تركت زوجاً وأختاً لأب وأم وخنثى لأب.

فَلَو مَاتَ أَبوهُ عَنهُ وَعَن ابْنٍ.. فللابنِ: سَهْمَان، وَله: سهم.

وَعند الشّعبِيّ: لَهُ نصفُ النَّصِيبَيْنِ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ مِن سَبْعَةٍ عِنْدَ أَبي يُوسُفَ،

فإنه إذا جعل أنثى.. كان له سهم من سبعة؛ لأن المسألة تعول إلى سبعة.

وإن جعل ذكراً.. لم يكن له شيء؛ فلما أريد بأقل النصيبين: أخس الحالين؛ أي: أسوأهما.. كان الحكم شاملاً لهذه الصورة؛ فإنه يجعل ذكراً، فلا يستحق شيئاً.

(**فلو مات أبوه عنه**)؛ أي: عن الخنثى، (**وعن ابن.. فللابن سهمان، وله سهم**)، وهو نصيب الأنثى مع الذكر، فيقدر أنثى عنده في الميراث، إلا أن يتبين حاله بظهور إحدى علامات الذكر بلا تعارض.. فحينئذٍ يكون ذكراً.

(**وعند الشعبي**)، وابن أبي ليلى، والثوري، وهو مذهب ابن عباس، واتفق عليه الإمامان أبو يوسف ومحمد، لكنهما اختلفا في تخريجه على ما سنبينه: (**له نصف**) مجموع (**النصيبين**)؛ أي: نصيب ذكر ونصيب أنثى.

روى محمد عن الشعبي: أنه سئل عن ميراث الخنثى، فقال: له نصف حظ الذكر، ونصف حظ الأنثى؛ بناء على المنازعة التي بينه وبين باقي الورثة؛ فإنه يقول: أنا ذكر ولي نصيب الذكورة، وهم يقولون: أنت أنثى ولك نصيب الأنوثة، فيدفع إليه نصف النصيبين باعتبار الحالتين؛ إذ لا يمكن ترجيح إحداهما على الأخرى، فيجب أن يعمل بهما بقدر الإمكان.

وأجيب: بأن العمل بهما: جمع بين صفتين متضادتين، وهو محال، فوجب العمل بالأقل، وهو قول أبي حنيفة.

(**وهو**)؛ أي: نصف النصيبين، وهذا شروع إلى بيان اختلاف أبي يوسف ومحمد في تخريج قول الشعبي (**ثلاثة من سبعة عند أبي يوسف**) وأربعة أخرى منها للابن في المثال [٨٢٥/أ] المذكور.

بيانه: أن أبا يوسف اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده؛ فإن الذكر لو كان وحده.. كان له كل المال؛ لأنه عصبة الميت وهو منفرد، والخنثى لو كان وحده؛

وَخَمْسَةٌ مِنِ اثْنَي عَشَرَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ.

فإن كان ذكراً.. كان له كل المال؛ لكونه ابن الميت، وإن كان أنثى.. كان له نصف المال؛ لأن سهم البنت عند الانفراد: هو النصف.

وهذا - أي: استحقاق الخنثى عند الانفراد للكل - على تقدير وللنصف على تقدير متيقن، ولا ترجيح لأحد التقديرين على الآخر، فيأخذ نصف مجموع النصيبين؛ عملاً بالتقديرين مهما أمكن، وهو ثلاثة أرباع المال، وللابن كل المال كما عرفت، فيجعل كل ربع سهماً، فبلغ سبعة أسهم: للابن أربعة، وللخنثى ثلاثة.

وإنما كان كذلك؛ لأن الابن لما استحق الكل عند الانفراد، واستحق الخنثى ثلاثة أرباعه عند الانفراد.. فلا بد لنا عند الاجتماع من مخرج للكل وثلاثة أرباع، وليس للمال كلٌّ وثلاثة أرباع، فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه بطريق العول؛ أي: البسط إلى الكسر، فبلغ: سبعة أرباع، فيجعل كل ربع سهماً، أربعة للابن وثلاثة للخنثى. هذا بيان تخريج أبي يوسف.

ثم أشار إلى بيان تخريج محمد بقوله: (وخمسة) عطف على قوله ثلاثة (من اثني عشر عند محمد)، قال: المال بينهما على اثني عشر سهماً: سبعة للابن، وخمسة للخنثى؛ لأنه اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة الاجتماع، فقال:

لو كان الخنثى ذكراً.. كان المال بينهما نصفين، ولو كان أنثى.. كان أثلاثاً؛ ثلثاه للابن، وثلثه للخنثى.

فالمسألة على تقدير ذكورته: من اثنين، وعلى تقدير أنوثته: من ثلاثة، ولا موافقة بين المسألتين، بل مباينة، فتضرب إحداهما في الأخرى، فبلغ: ستة، للخنثى على تقدير أنوثته: سهمان، وعلى تقدير ذكورته: ثلاثة.. فله نصف النصيبين، وليس للثلاث نصف صحيح، فتضرب الستة في اثنين: يبلغ اثني عشر، فيكون للخنثى ستة على تقدير ذكورته، وأربعة على تقدير أنوثته، فيأخذ نصف النصيبين وهو خمسة؛ لأن نصف الستة: ثلاثة، ونصف الأربعة: اثنان.

وهو يعتبر الأحوال في كل حادثة؛ في حق الخنثى، وفي حق غيره أيضاً من

الورثة، حتى يأخذ كل واحد من الورثة نصف ما يصيبه على التقديرين، ألا ترى: أن الابن يأخذ في هذه المسألة [٨٢٥/ب] سبعة؛ لأن نصيب الابن على تقدير أن الخنثى ذكر: ستة، وعلى تقدير أنه أنثى: ثمانية؛ فنصف النصيبين: سبعة.

هذا، ولو كان معهما في المسألة المذكورة بنت.. فعند أبي يوسف: تكون المسألة من تسعة؛ لأن نصيب البنت: النصف حالة انفرادها، ونصيب الابن: الكل حالة انفراده، ونصيب الخنثى: ثلاثة أرباع عند انفراده؛ كما تقدم.. فلا بد لنا من مخرج للأنصباء الثلاث عند الاجتماع، فيجعل كل ربع سهماً، فبلغ تسعة: أربعة للابن، واثنان للبنت، وثلاثة للخنثى.

وعند محمد: للخنثى في هذه المسألة: خمس وثمن؛ لأنه على تقدير أنه ذكر: له خمسان، فله نصفه وهو الخمس، وعلى تقدير أنه أنثى: كان له ربع، فله نصفه وهو الثمن، فمخرج الخمس من خمسة، ومخرج الثمن من ثمانية، وليس بينهما موافقة، فيضرب أحدهما: في الآخر: فبلغ أربعين، ومنها تصح المسألة:

فللخنثى: خمسها، وهي: ثمانية، وثمنها، وهي: خمسة، فاجتمع له ثلاثة عشر سهماً.

وللبنت على تقدير ذكورية الخنثى: الخمس، وهي: ثمانية.

وعلى تقدير أنوثيته: الربع، وهي: عشرة.. فيكون لها نصف النصيبين وهو تسعة؛ لأن نصف الثمانية: أربعة، ونصف العشرة: خمسة، فمجموع النصفين: تسعة.

وللخنثى على تقدير ذكوريته: خمسان، وهي: ستة عشر.

وعلى تقدير أنوثته: ربع، وهي: عشرة.. فيكون له نصف النصيبين: ثلاثة عشر.

وللابن خمسان على تقدير ذكورية الخنثى، وهي: ستة عشر.

ونصف على تقدير أنوثته، وهي: عشرون.. فله نصف النصيبين: ثمانية عشر.

ولا يخفى عليك أن في تأخير قول محمد: إشارة إلى اختياره، وذلك لأن الكل

متفقون على تقليل نصيب الخنثى، وما ذهب إليه محمد: أقل مما ذهب إليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهماً.

وطريق معرفته: أن يضرب السبعة في المثال المذكور في اثني عشر؛ حيث لا موافقة بينهما، يبلغ المجموع: أربعة وثمانين، ثم اضرب حصة من كان له شيء من السبعة في اثني عشر، وحصة الخنثى منه: ثلاثة، فاضربه في اثني عشر.. يبلغ ستة وثلاثين، واضرب حصة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة، وللخنثى منه [٨٢٦/أ]: خمسة، فاضربه في سبعة.. يكون خمسة وثلاثين، فظهر: أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين؛ كذا في «العناية».

واعلم: أن الفتوى في مسألة الخنثى: على قول أبي حنيفة، وصاحباه وإن خرَّجا قول الشعبي على الوجه المذكور.. لكنهما لم يأخذا قوله؛ كما صرح به في «الزيلعي» و«العناية».

واحتج أبو حنيفة: بأن الحاجة ههنا: إلى إثبات المال ابتداء؛ لأنه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة والأنوثة، ولا شيء منهما بمعلوم، وإثبات المال ابتداء بدون سبب محقق: غير مشروع.. فلا بد من البناء على المتيقن، والأقل وهو ميراث الأنثى: متيقن، فأوجبناه؛ كما إذا كان إثباته بطريق آخر؛ فإنه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك، إلى أن يقوم الدليل على الزائد؛ فإن من قال: لفلان علي دراهم.. يحكم بالثلاثة، حتى يقوم الدليل على الزائد، لكون الأول متيقناً به دون الزائد.

لا يقال: سبب استحقاق الميراث: هي القرابة، وهي ثابتة في الخنثى، والجهالة وقعت في القسمة بقاء.. فلا تمنع الوجوب.

لأنا نقول: ليس الكلام في استحقاق أصل الميراث، وإنما هو في استحقاق المقدار، وسببه: الذكورة أو الأنوثة، ولا شيء منهما بمتيقن به فيما نحن فيه؛ كذا في «العناية».

وَلَو قَالَ سَيّدُهُ: كلُّ عبدٍ لي حرٌّ وكل أَمةٍ لي حرَّةٌ.. لَا يَعْتِقُ مَا لم يَستَبِن.
وَلَو قَالَ بعدَ تقرُّرِ إشكالِهِ: أَنا ذَكَرٌ، أَو أُنْثَى.. لَا يُقبَلُ، وَقَبلَهُ.. يُقْبَلُ.

(**ولو قال سيده: كل عبد لي حر، وكل أمة لي حرة**)، هكذا وقع في النسخ التي عندنا بكلمة واو الجمع، وهو خطأ، والصواب: أنه بكلمة «أو» التشكيكية، سقطت من قلم الناسخ؛ كما سيظهر لك.

(.. **لا يعتق ما لم يستبن**) حاله أنه ذكر أو أنثى؛ لأن الحنث لا يثبت بالشك.

بخلاف ما لو قال: «كل عبد لي حر، وكل أمة لي حرة» بكلمة واو الجمع.. فإنه يعتق؛ للتيقن بأحد الوصفين؛ لأنه ليس بمهمل؛ كذا في «الزيلعي».

(**ولو قال**) الخنثى (**بعد تقرر إشكاله: أنا ذكر أو أنثى.. لا يقبل**) قوله؛ لأنه دعوى بلا دليل؛ كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

وقال في «النهاية» نقلاً عن «الذخيرة»: إن قال الخنثى المشكل: أنا ذكر أو أنثى.. كان القول قوله؛ لأن الإنسان أمين في حق نفسه، والقول قول الأمين ما لم يعرف خلاف ما قال؛ كالمعتدة إذا قالت: انقضت عدتي وأنكر الزوج.. كان القول قولها، ما لم يعرف خلاف قولها؛ بأن قالت ذلك في مدة لا تنقضي في مثلها العدة. انتهى.

(**وقبله**)؛ أي: قبل تقرر إشكاله (.. **يقبل**) [٨٢٦/ب]؛ لأن الإنسان أمين في حق نفسه ما لم يعلم خلاف ما قال.

ومنه يعلم التوفيق بين: ما ذكره في «الهداية» و«الزيلعي»، وبين ما ذكره في «النهاية»؛ بأن يحمل ما ذكره في «الهداية»: على ما قبل تقرر الإشكال.

* * *

(مسائل شتى)

(مَسَائِلُ شَتَّى)

كِتَابَةُ الْأَخْرَسِ وإِيماؤُهُ بِمَا يُعرَفُ بِهِ إِقْرَارُهُ - بِنَحْوِ تزوُّجٍ وَطَلَاقٍ وَبيعٍ وَشِرَاءٍ وَوَصِيَّةٍ وَقَودٍ.

(مَسَائِل شَتّى)

(**كتابة الأخرس**)؛ أي: الممنوع من الكلام خلقة، (**وإيماؤه**)؛ أي: إشارته (**بما**)، متعلق: بكل من الكتابة والإيماء على وجه التنازع.

(**يعرف به**)، قيد به؛ لأن ما يجيء من الأخرس ومعتقل اللسان على نوعين:

أحدهما: ما يكون ذلك منه دلالة للإنكار؛ كما إذا حرك رأسه عَرْضاً مثلاً.

والثاني: ما يكون ذلك منه دلالة للإقرار؛ كما إذا حرك رأسه طولاً إذا كان ذلك معهوداً منه في نعم، راجع إلى «ما».

(**إقراره بنحو**) - متعلق بالإقرار - (**تزوج، وطلاق، وبيع، وشراء، ووصية، وقود**) خبر «كتابة».

قال في «فتح القدير»: صورة النكاح بالكتاب: أن يكتب إليها يخطبها؛ فإذا بلغ الكتاب.. أحضرت الشهود وقرأته عليهم، وقالت: زوجت نفسي منه، أو تقول: إن فلاناً كتب إلي يخطبني، فاشهدوا أني زوجت نفسي منه.

أما لو لم تقل بحضرتهم سوى: زوجت نفسي من فلان.. لا ينعقد النكاح؛ لأن سماع الشطرين: شرط صحة النكاح، وبإسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها.. قد سمعوا الشطرين.

بخلاف ما إذا انتفيا.

ومعنى الكتاب بالخطبة: أن يكتب زوجيني نفسك؛ فإني رغبت فيك، ونحوه.

ولو جاء الزوج بالكتاب إلى الشهود مختوماً، فقال: هذا كتابي إلى فلانة فاشهدوا علي بذلك.. لم يجز في قول أبي حنيفة، حتى يعلم الشهود ما فيه.

وجوزه أبو يوسف من غير شرط إعلام بما فيه.

وأصله: كتاب القاضي إلى القاضي.

قال في «المصفى»: هذا إذا كان بلفظ التزوج؛ أما إذا كان بلفظ الأمر، كقوله: «زوِّجي نفسك مني».. لا يشترط إعلامها الشهود بما في الكتاب؛ لأنها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة.

ونقله من «الكامل»، قال: وفائدة الخلاف: فيما إذا جحد الزوج الكتاب بعدما أشهدهم عليه من غير قراءة عليهم وإعلامهم بما فيه، وقد قرأ المكتوب إليه الكتاب عليهم وقبل العقد بحضرتهم، فشهدوا: أن هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه.. لا تقبل هذه الشهادة عندهما، ولا يقضى بالنكاح.

وعنده [٨٢٧/أ]: يقبل، ويقضى به.

أما الكتاب.. فصحيح بلا إشهاد، وهذا الإشهاد لهذا، وهو: أن تتمكن المرأة من إثبات الكتاب عند جحود الزوج الكتاب؛ كذا في «الأشباه».

قال محمد: إن الكتاب من الغائب: بمنزلة الخطاب من الحاضر، إلا أن الكتاب من الغائب مع الخطاب من الحاضر.. يفترقان من وجه؛ فإن الحاضر إذا خطبها، فلم تجبه في مجلس الخطاب، وأجابته في مجلس آخر.. لا يصح النكاح.

وإذا بلغها الكتاب وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في ذلك المجلس، وإنما زوجت نفسها منه في مجلس آخر بين يدي الشهود، وقد سمع الشهود كلامها وما في الكتاب أيضاً.. يجوز النكاح.

وإذا بلغها الكتاب فقالت: زوجت نفسي من فلان، وكان ذلك بمحضر من الشهود.. لا ينعقد النكاح وإن بلغه الخبر وأجاز عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن سماع الشهود كلام العاقدين: شرط انعقاد النكاح؛ فالشهود وإن سمعوا كلامها.. لم يسمعوا كلام الزوج؛ كذا في «الخلاصة».

وأما وقوع الطلاق والعتاق بالكتابة.. ففي «البزازية»: الكتابة من الصحيح والأخرس على ثلاثة أوجه:

إن كتب على وجه الرسالة مصدّراً معنوناً، وثبت بإقراره أو بالبينة.. فكالخطاب، وإن قال: لم أنو به الخطاب.. لم يصدق قضاء وديانة.

وفي «المنتقى»: أنه يدين.

ولو كتب على شيء يستبين عليه أثر الخط؛ كالجدار والأوراق والألواح: امرأته طالق، أو عبده حر؛ إن نوى.. صح، وإلا.. فلا.

ولو كتب على الهواء أو الماء.. لم يقع شيء وإن نوى.

وإن كتب: امرأته طالق.. فهي طالق؛ بعث إليها أو لا.

وإن كان المكتوب: «إذا وصل إليك فأنت كذا»؛ فما لم يصل.. لم تطلق، وإن ندم ومحا من الكتاب ذكر الطلاق، وترك ما سواه وبعث إليها.. فهي طالق إذا وصل، ومحوه الطلاق: كرجوعه عن التعليق.

وإنما يقع: إذا بقي ما سمي كتابة أو رسالة؛ فإن لم يبق هذا القدر.. لا يقع.

وإن محا الخطوط كلها وبعث إليها البياض.. لا تطلق؛ لأن ما وصل ليس بكتاب.

ولو جحد الزوج الكتاب، وأقامت البينة عليه: أنه كتبه بيده.. فرق بينهما في القضاء. انتهى.

وأما وقوع البيع و الشراء بالكتابة.. ففي «فتح القدير»: صورة الكتاب:

أن يكتب: أما بعد؛ فقد بعت عبدي منك بكذا [٨٢٧/ب]، فلما بلغه وفهم ما فيه.. قال: قبلت، في المجلس.

وما في «المبسوط» - من تصويره بقوله: بعني بكذا، فقال: بعت.. يتم - فليس مراده: إلا الفرق بين البيع والنكاح في شرط الشهود.

وقيل: بل يفرق بين الحاضر والغائب؛ فبعني من الحاضر: استفهام، ومن الغائب: إيجاب. انتهى.

وأما الوصية بالكتابة.. ففي شهادات «قاضي خان»: رجل كتب صك وصية، وقال للشهود: اشهدوا بما فيه، ولم يقرأ وصيته عليهم.. قال علماؤنا: لا يجوز للشهود أن يشهدوا بما فيه.

وقال بعضهم: وسعهم أن يشهدوا.

والصحيح: أنه لا يسعهم أن يشهدوا، وإنما يحل لهم أن يشهدوا بإحدى معان ثلاث:

إما بأن يقرأ الكتاب عليهم.

أو كتب الكتاب غيره وقرأ الكتاب عليه بين يدي الشهود، فيقول هو لهم: اشهدوا علي بما فيه.

أو يكتب هو بين يدي الشاهد، والشاهد يعلم بما فيه، ويقول: اشهدوا علي بما فيه.

وإن كتب بين يدي الشهود صكاً وعرف الشاهد ما كتب فيه، ولم يقل هو: اشهدوا علي بما فيه.. لا يسعه أن يشهد عليه.

قال أبو علي النسفي: هذا إذا لم يكن الكتاب مكتوباً على الرسم؛ فإن كان مكتوباً على الرسم، وكتب بين يدي الشهود، والشاهد يعلم ما في الكتاب.. وسعه أن يشهد وإن لم يقل له الكاتب: اشهد علي بما فيه.

وإنه حسن، أشار إليه محمد في كتاب النكاح.

وهكذا روي عن أبي حنيفة في «النوادر»، وتمامه في «قاضي خان» فليراجع.

عَلَيْهِ أَو لهُ - كالبيانِ.

وقال في «الهداية»: إذا قرئ على الأخرس كتاب وصية، فقيل له: أنشهد عليك بما في هذا الكتاب؟ فأومى برأسه أي: نعم، أو كتب؛ فإذا جاء من ذلك بما يعرف أنه إقرار.. فهو جائز. انتهى.

وأما الإقرار بالكتابة.. ففي إقرار «البزازية»: كتب كتاباً فيه إقرار بين يدي الشهود، فهذا على أربعة أقسام، ثم بين الأقسام الأربعة بما لا مزيد عليه، فليراجع.

هذا بيان الكتابة من الأخرس ومن غيره.

وأما الإشارة من الأخرس.. ففي «الأشباه»: الإشارة من الأخرس معتبرة، وقائمة مقام العبارة في كل شيء؛ من بيع وإجارة وهبة ورهن ونكاح وطلاق وعتاق وإبراء إقرار وقصاص، لا في الحدود، ولو حد قذف.

وهذا مما خالف فيه القصاص الحدود.

وفي رواية: أن القصاص كالحدود هنا.. فلا يثبت بالإشارة [٨٢٨/أ]، وتمامه في «الهداية».

(عليه)؛ أي: يقتص منه إن كان عاقلاً.

(أو له)؛ أي: يقتص له من قاتله.

(كالبيان)، خبر لقوله: «كتابة الأخرس».

وفي طلاق «فتح القدير»: أن المراد من الإشارة التي يقع بها طلاق الأخرس: الإشارة المقرونة بتصويت منه؛ لأن العادة منه ذلك، فكانت بياناً لما أجمله الأخرس.

وفي كلامه: إشارة إلى أن الإشارة من الأخرس معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة، وقيل: إنما تعتبر إشارته إن لم يقدر على الكتابة؛ لأن الإشارة حجة ضرورية، ولا ضرورة عند القدرة على الكتابة.

والصحيح: هو الأول؛ لأن كل واحد منهما حجة ضرورية، ففي الكتابة: زيادة

وَلَا يُحَدُّ لقذفٍ وَلَا لغيرِهِ.

ومُعتَقَلُ اللِّسَانِ إِنِ امْتَدَّ بِهِ ذَلِك وَعُلِمَت إِشَارَتُهُ.. فَهُوَ كالأَخرسِ، وإِلَّا.. فَلَا.

بيان لم يوجد في الإشارة؛ لأن قصد البيان معلوم حساً، وفي الإشارة: زيادة أثر لم يوجد في الكتابة؛ لأن الأصل في البيان: هو الكلام، والإشارة أقرب إليه.

(ولا يحد) الأخرس (لقذف، ولا غيره)؛ أي: لو أقر الأخرس بالإشارة أو بالكتابة بما يوجب حد القذف، أو حد الشرب، أو حد الزنا، والسرقة.. لا يحد؛ لأن الحدود مما تندرئ بالشبهة؛ لكونها حقوق الله الخالصة، وفي الثبوت بالإشارة أو الكتابة: شبهة؛ لعدم صريح اللفظ.

وكذا: لا يحد من قذف الأخرس؛ لما فيه من الشبهة أيضاً.

(ومعتقَل اللسان)، على صيغة اسم المفعول، يقال: اعتُقل لسانه بضم التاء، على صيغة المفعول: إذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه؛ من المرض أو من غيره.

(إن امتد به ذلك)؛ أي: اعتقاله.

حد الامتداد: سنة، على ما ذكره التمرتاشي.

وقال الحاكم أبو محمد رواية عن أبي حنيفة أنه قال: إن دامت العقلة إلى وقت الموت.. يجوز إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه؛ لأنه حُجِر عن النطق بمعنى لا يرجى زواله، فكان كالأخرس.

قالوا: وعليه الفتوى.كذا في «الكفاية».

(وعلمت إشارته.. فهو كالأخرس)، فيجوز إقراره بالإشارة والكتابة والإشهاد عليه.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يمتد اعتقاله بالمعنى المذكور (.. فلا) يكون كالأخرس، بل يكون كالناطق، فلا يعتبر إقراره بالإشارة والكتابة، بل يعتبر بالعبارة.

واعلم: أن إشارة غير الأخرس ومعتقل اللسان الذي دام اعتقاله: غير معتبرة،

وَالْكِتَابَةُ مِنَ الْغَائِبِ لَيست بِحجَّةٍ.

قَالُوا: الْكِتَابَةُ إِمَّا مستبينٌ مرسومٌ، وَهُوَ: كالنطقِ فِي الْغَائِبِ والحاضرِ.

إلا في: الكفر، والإسلام، والنسب، والإفتاء، ورواية الحديث، وأمان الكافر، والطلاق إذا كان تفسيراً للمبهم؛ كما لو قال: أنت طالق هكذا وأشار بثلاث.. وقعت.

بخلاف ما إذا قال: أنت طالق وأشار بثلاث [٨٢٨/ب]..لم يقع إلا واحدة؛ كذا في «الأشباه».

(والكتابة من الغائب: ليست بحجة) عند عامة العلماء؛ لأنها قد تكون للتجربة لا للإقرار.

وقال بعضهم: إنها حجة؛ كما في إقرار «البزازية»: إذا كتب للغائب على وجه الرسالة: أما بعد: فلك علي كذا.. يكون إقراراً؛ لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر، ويكون متكلماً.

والعامة على خلافه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة.

وفي حق الأخرس يشترط أن يكون معنوناً مصدراً وإن لم يكن إلى الغائب، وتمامه فيها.

وقال في «الهداية»: أما الكتابة.. فلأنها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا، ألا ترى: أن النبي ﷺ أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة، وتارة بالكتابة إلى الغيب، والمجوز في حق الغائب: هو العجز، وهو في الأخرس أظهر وألزم. انتهى.

فعلم منه: أن الكتابة تكون حجة من الغائب، ولعله أشار إليه بقوله: (قالوا)؛ أي: بعض العلماء: (الكتابة؛ إما مستبين)؛ أي: ظاهر الأثر على الورق (مرسوم)؛ أي: منسوب؛ أي: مصدر بالعنوان، وهو أن يكتب في صدره: من فلان إلى فلان، على ما جرت به العادة.

(وهو)؛ أي: هذا القسم من الكتابة: (كالنطق في الغائب والحاضر)، فتكون حجة.

وَإِمَّا مستبينٌ غيرُ مرسومٍ؛ كالكتابةِ على الْجدارِ وورقِ الشّجرِ، وَيَنْوِي فِيهِ.

وَإِمَّا غيرُ مستبينٍ؛ كالكتابةِ على الْهَوَاءِ وَالْمَاءِ، وَلَا عِبْرَة بِهِ.

وَإِذا اخْتَلَطت الذَّكيَّةُ بميتةٍ أقلَّ مِنْهَا.. تحرَّى وَأَكَلَ.

وإلَّا.. فلا تُوْكَلُ حالةَ الاختيارِ، ويتحَرَّى عِنْدَ الاضطرارِ.

(وإما مستبين غير مرسوم؛ كالكتابة على الجدار وورق الشجر) أو الكاغد، (وينوي فيه)؛ أي: يطلب منه النية إن كان نوى.. يعتبر، وإلا.. فلا.

قال في «الزيلعي»: الكتابة على هذا الوجه لا تكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليها؛ كالنية، والإشهاد عليه، والإملاء على الغير حتى يكتبه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة، وقد تكون للتحقيق، وبهذه الأشياء: تتعين الجهة.

وقيل: الإملاء من غير إشهاد: لا يكون حجة.

والأول: أظهر. انتهى.

(وإما غير مستبين؛ كالكتابة على الهواء والماء، ولا عبرة به) وإن نوى.

(وإذا اختلطت الذكية)؛ أي: المذبوحة (بميتة) كانت (أقل منها)؛ أي: من المذبوحة (.. تحرى وأكل)؛ لأن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة.

ألا ترى: أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمغصوب، ومع ذلك يباح الانتفاع؛ اعتماداً على الغالب، وهذا: لأن القليل لا يمكن التحرز عنه، فسقط اعتباره؛ رفعاً للحرج؛ كقليل النجاسة في البدن أو الثوب.

(وإلا)؛ أي: وإن لم تكن الميتة أقل من الذكية، بل أكثر منها أو مساوية لها (.. فلا تؤكل حالة الاختيار)؛ لأنه لا ضرورة إليه حينئذ، فيمكنه الاحتراز حالة الاختيار.

(ويتحرى عند الاضطرار)، فيأكل ما يقع تحريه أنه طاهر.

فإن قيل: [٨٢٩/أ] ما الفرق بين هذا وبين الثياب؛ فإن المسافر إذا كان معه

وَإِذا أَحرقَ رَأسَ الشّاةِ المتلطِّخِ بِدَمٍ وَزَالَ دَمُهُ، فَاتخذَ مِنْهُ مرقةً.. جَازَ.

والحرقُ كالغَسْلِ.

وَلَو جعلَ السُّلْطَانُ الْخراجَ لربِّ الأَرْضِ.. جَازَ،......................

ثوبان، أحدهما نجس، والآخر طاهر، ولا يميز بينهما، وليس معه ثوب غيرهما.. فإنه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر؛ فقد جوز التحري هنا فيما إذا كان النجس والطاهر نصفين، وفي الذكية والميتة لم يجز؟

أجيب: بأن الفرق: أن حكم الثياب أخف من غيرها؛ لأن الثياب لو كانت كلها نجسة.. كان له أن يصلي في بعضها، ثم لا يعيد صلاته؛ لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، بخلاف ما نحن فيه.

(**وإذا أحرق رأس الشاة المتلطخ بدم، وزال دمه، فاتخذ منه مرقة.. جاز**) أكله.

(**والحرق كالغسل**) بالماء؛ لأن النار.

إما مزيلة لما فيها من النجاسة بأكلها، حتى لا يبقى شيء منها.

أو محيلة، فيصير الدم رماداً، فيطهر بالاستحالة، وكل من الإزالة والاستحالة: مطهر كالغسل.

ولهذا: لو أحرقت العذرة وصارت رماداً.. تصير طاهرة بالاستحالة.

والخمر إذا تخلل.. يصير طاهراً بالاستحالة.

والخنزير إذا وقع في المملحة وصار ملحاً.. كان طاهراً.

والتنور إذا تنجس.. يطهر بالنار، حتى لا يكون الخبز نجساً.

(**ولو جعل السلطان الخراج لرب الأرض.. جاز**) عند أبي يوسف، وعليه الفتوى.

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز؛ لأنه فيء لجماعة المسلمين.

ولأبي يوسف: أن صاحب الخراج له حق في الخراج، فيجوز تركه له، ويكون ذلك صلة من الإمام.

بِخِلَافِ الْعُشْرِ.

وَلَو دفعَ الْأَرَاضِي الْمَمْلُوكَةِ إِلَى قومٍ، ليعطُوا الْخراجَ.. جَازَ.

(بخلاف العشر)؛ فإنه لا يجوز تركه لرب الأرض بالاتفاق؛ لأن العشر حق الفقراء على الخلوص؛ كالزكاة.. فلا يجوز تركه عليه.

(ولو دفع) السلطان (الأراضي المملوكة إلى قوم ليعطوا الخراج.. جاز).

قال في «البزازية»: تفسير أراضي المملكة [بطريقين]:

إما أن يكون أراضي لا مالك لها، فيعطيها الإمام لرجل ليقوم عليها كالمالك، ويعطي الخراج.

والثاني: أن المالك إذا عجز عن أداء الخراج.. يعطيها الإمام لرجل، ويقوم مقام المالك في إعطاء الخراج والزراعة، ولا يملك هو - أي: هذا الرجل - البيع؛ لأن الإمام ما ملكها، وإنما قام مقام المالك في أمر خاص، لكن يأخذ الخراج من نصيب الدهقانية.

وكذا: الإمام يؤاجرها ويأخذ الخراج من الأجرة. ولو باع وأعطى الثمن للمالك، وأخذ الخراج من المشتري.. جاز.

قيل: جواز البيع قولهما.

وقيل: قول الكل. انتهى.

قال في «قاضي خان»: إذا عجز صاحب الأرض، ولم يجد ما ينفق [٨٢٩/ب] في عمارتها.. يدفعها الإمام إلى غيره مزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع، وتكون الغلة لصاحب الأرض، يؤدي عنها الخراج، ويمسك ما بقي.

وإن لم يجد الإمام من يأخذها مزارعة.. يؤاجرها الإمام، فيكون الأجر لصاحب الأرض، يؤدي عنه الخراج.

وإن لم يجد من يستأجرها.. يبيع، فيكون الثمن لصاحب الأرض، يؤدي عنه، ويمسك الفضل.

وإن لم يجد من يشتري.. يدفع إليه من بيت المال مقدار ما ينفق في عمارة الأرض قرضاً؛ لأن الإمام مأمور بتثمير مال بيت المال بأي وجه يتهيأ له.

قالوا: هذا قول أبي يوسف ومحمد.

أما على قول أبي حنيفة: لا يبيع، ولا يؤاجر؛ لأن ذلك حجر عليه، وعنده: الحجر على الحر العاقل البالغ باطل.

وكذا: قرية فيها أراضٍ مات أربابها، أو غابوا عنها، وعجز أهل القرية على خراجها، فأرادوا التسليم إلى السلطان.. فإن السلطان يفعل ما قلنا. انتهى.

ولا يخفى عليك ما بينهما من المخالفة:

حيث قال في «البزازية» في صورة البيع: إن السلطان يأخذ الخراج من المشتري.

وقال في «قاضي خان» في تلك الصورة: إن صاحب الأرض يؤدي الخراج من ثمنها، ويمسك فضله.

ويمكن التوفيق بينهما: بحمل مراد «البزازية»: على الخراج الآتية في السنة المستقبلة، ويحمل مراد «قاضي خان»: على الخراج الباقية في ذمة المالك للسنين الماضية.

ويدل على هذا التوفيق: ما ذكره «الزيلعي»؛ فإنه قال: إذا باعها الإمام.. يأخذ الخراج للسنين الماضية من الثمن إن كان عليهم خراج، ويرد الفضل إلى أصحابها. انتهى.

وإنما جاز بيع الإمام عند عدم وجدان من يستأجرها؛ لأنه لو لم يبعها.. لفات حق المقاتلة في الخراج أصلاً.

ولو باعها.. يفوت حق المالك في العين فقط، لا في الثمن، والفوات إلى خلف.. كلا فوات، فيبيع تحقيقاً للنظر من الجانبين.

وَلَو نوى قَضَاء رَمَضَانَ وَلم يعيِّنْ عَن أَيِّ يَوْمٍ.. صَحَّ.

وَلَو عَن رمضانَين.. فَلَا، فِي الْأَصَحِّ.

وَكَذَا: فِي قَضَاءِ الصَّلَاةِ لَو نوى ظهراً عَلَيْهِ مثلاً وَلم ينْوِ أَوّلَ ظُهرٍ أَو آخرَ ظُهْرٍ، أَو ظهرَ يَوْمِ كَذَا.

وليس له أن يملكها بغير عوض.

وأطلق المصنف الدفع؛ ليشمل الوجوه المذكورة كلها، وتفصيل الأراضي سبق في باب العشر والخراج.

(**ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين عن أي يوم**)، بأن قال: نويت قضاء صوم علي من رمضان هذا (.. **صح**) نيته؛ سواء كان عليه صوم يوم أو يومين أو أكثر، ويقع عن صوم يوم؛ لأن تعيين اليوم في النية ليس بشرط في الجنس الواحد، وصوم رمضان واحد: جنس واحد، وهو شهود الشهر.

وكذا: لو كان عليه صوم يوم بعينه، وصام بنية يوم آخر.. صح نيته [٨٣٠/أ]، ووقع عن صوم ذلك اليوم، ولا يضره الخطأ في التعين.

(**ولو**) نوى (**عن رمضانين.. فلا**) يصح (**في الأصح**)؛ لاختلاف السبب؛ لأن كل رمضان سبب على حدة، فلا يقع عن واحد منهما.

وكذا: لو كان عليه قضاء صوم هذه السنة، ونوى عن صوم سنة أخرى.. لا يصح؛ لاختلاف السبب.

وقيل: يصح عن رمضانين أيضاً.

(**وكذا: في قضاء الصلاة لو نوى ظهراً عليه مثلاً**)؛ أي: لا يصح بلا تعيين ظهر يوم؛ لأن الصلاة كلها من قبيل مختلف الأسباب، حتى الظهر من يومين، والعصر من يومين.

(**ولم ينو أول ظهر، أو آخر ظهر، أو ظهر يوم كذا**).

وَقِيلَ: يَصحُّ فيهمَا أَيْضاً.

وَلَوِ ابتلعَ الصَّائِمُ بزاقَ غَيرِهِ؛ فَإِن كَانَ حَبِيبَهُ.. لزمَهُ الْكَفَّارَةُ، وَإِلَّا.. فَلَا.

وَقَتْلُ بعضِ الْحَاجِّ عُذرٌ فِي تركِ الْحَجِّ.

وَمَن قَالَ لامْرَأَةٍ عِنْدَ شَاهِدَينِ: «تو زن من شدى»، فَقَالَت: «شدم».. لَا يَنْعَقدُ النِّكَاحُ بَينهمَا، مَا لم يَقُلْ: «قبُول كردم».

وَلَو قَالَ لَهَا: «خويشتن رازن من كردا يندي»، فَقَالَت: «كردا يندم»، فَقَالَ: «ذر فتم».. ينْعَقدُ.

ولو نوى أول ظهر، أو آخر ظهر.. صح؛ لأن الصلاة كما تعينت بتعيين اليوم: كذلك الوقت يتعين بكونه أولاً أو آخراً.

(**وقيل: يصح فيهما أيضاً**)؛ أي: في صورة النية عن رمضانين، وفي قضاء الصلاة.

(**ولو ابتلع الصائم بزاق غيره؛ فإن كان حبيبه.. لزمه الكفارة**)؛ لأن طبعه لا يكره بزاق حبيبه، فيكون كالثريد والخبز في ميل الطبع إليه.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يكن بزاق حبيبه (.. **فلا**) كفارة عليه، بل عليه القضاء؛ لدخوله في بطنه، ولا كفارة؛ لتنفر طبعه عنه.

(**وقتل بعض الحاج: عذر في ترك الحج**)؛ لعدم أمن الطريق، وهو معتبر في الاستطاعة.

(**ومن قال لامرأة عند شاهدين: تو**)؛ أي: أنت أداة خطاب (**زن من**) تركيب إضافي (**شدى**)؛ أي: كن امرأتي، (**فقالت**) المرأة: (**شدم**)؛ أي: كنت امرأتك (.. **لا ينعقد النكاح بينهما ما لم يقل**) الرجل: (**قبول كردم**)؛ لأنه حينئذ يوجد القبول من الرجل.

(**ولو قال لها: خويشتن رازن من كرداينـدي**) هـذا طلب التزوج، (**فقالت: كرداينـدم**) هذا إيجاب من المرأة، (**فقال: يذرفتم**) هذا قبول من الرجل (.. **ينعقد**)

وَلَو قَالَ لرجلٍ: «دختر خويشتن را يسر من أرذاني داشتي»، فَقَالَ: «داشتم».. لَا ينْعَقدُ.

وَلَو منعت الْمَرْأَةُ زَوجَهَا مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهَا، وَهُوَ يسكنُ مَعهَا فِي بَيتِهَا.. كَانَت نَاشِزَةً.

وَلَو سكنَ فِي بَيتِ الْغَصْبِ فامتنعَت مِنْهُ.. فَلَا.

وَلَو قَالَت: لَا أسكنُ مَعَ أَمَتِك وَأُرِيدُ بَيْتاً على حِدةٍ.. فَلَيْسَ لَهَا ذَلِك.

وَلَو قَالَت: «مرا طلاق ره» فَقَالَ: «داده كير، أَو كرده كير، أَو داده باد، أَو كرده باد»؛ إِن نوى.. يَقعُ، وإِلَّا.. فَلَا.

النكاح؛ لوجود الإيجاب القبول من الطرفين.

(ولو قال لرجل: دختر خويشتن را)؛ أي: بنتك (يسر من)؛ أي: لابني (أرذاني) بمعنى اللائق (داشتي فقال) الرجل: (داشتم.. لا ينعقد)؛ لأن بهذا اللفظ لا يوجد القبول، ما لم يقل بذرفتم.

(ولو منعت المرأة زوجها من الدخول عليها، وهو يسكن معها في بيتها.. كانت ناشزة)، فلا يجب عليه نفقتها؛ للنشوز.

(ولو سكن) الزوج (في بيت الغصب)؛ أي: المغصوب (فامتنعت منه.. فلا) تكون ناشزة؛ لأن السكنى فيه حرام، فتكون هي محقة، ولهذا وجب إعادة الصلاة التي صلت فيه.

(ولو قالت: لا أسكن مع أمتك وأريد بيتاً على حدة.. فليس لها ذلك)؛ لأنه لا بد له [٨٣٠/ب] ممن يخدمه، فلا يمكن المنع من ذلك، فتكون هي متمردة في المنع عن ذلك.

(ولو قالت: مرا طلاق ره)؛ أي: طلقني، (فقال) الزوج: (داده كير، أو كرده كير، أو داده باد، أوكرده باد؛ إن نوى) الطلاق (.. يقع، وإلا.. فلا)؛ لأن هذا الألفاظ من كنايات الطلاق، فلا يقع بدون النية.

وَلَو قَالَ: «داده است»، أَو «كرده است».. يَقعُ وَإِن لم ينْوِ.

وَلَو قَالَ: «داده آنكار».. لَا يَقعُ وَإِن نوى.

وَلَو قَالَ: «وي مرانشايد تاقيامت» أَو «همه عمر» لَا يَقعُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ.

وَلَو قَالَ لَهَا: «حيله ذنان كن».. فَهُوَ إِقْرَارٌ بِالطَّلَاقِ الثَّلَاثِ.

وَلَو قَالَ: «حيله خويشتن كن».. فَلَا.

وَلَو قَالَت لَهُ: «كابين ترابخشيدم مرا ازجنك بازار».. فَإِن طَلقهَا.. سقطَ المهرُ، وَإِلَّا.. فَلَا.

وَلَو قَالَ لعَبْدِهِ: يَا مالكي، أَو لأمته: أَنا عَبْدكِ.. لَا يعْتقُ.

(ولو قال: داده است، أو كرده است.. يقع وإن لم ينو)؛ لأنه للطلاق، فلا يحتاج إلى النية.

(ولو قال: داده آنكار.. لا يقع وإن نوى)؛ لأنه وعد محض.

(ولو قال: وي مرانشايد تاقيامت أو همه عمر.. لا يقع إلا بالنية)؛ لأنه من جملة كنايات الطلاق.

(ولو قال لها: حيلة ذنان كن.. فهو إقرار بالطلاق الثلاث).

(ولو قال: حيلة خويشتن كن.. فلا).

(ولو قالت له: كابين ترابخشيدم مرا ازجنك بازار؛ فإن طلقها.. سقط المهر، وإلا.. فلا).

(ولو قال لعبده: يا مالكي، أو لأمته: أنا عبدك.. لا يعتق)؛ لأنه ليس من صريح العتق، ولا من كناياته، فيكون كذباً.

بخلاف ما لو قال: يا مولاي.. فإنه يعتق؛ لأن الحقيقة تنبئ عن ثبوت الولاء على العبد، وذلك بالعتق، فيعتق؛ لأنه يمكن إثباته من جهته.

بخلاف: يا مالكي، وأنا عبدك؛ لأن حقيقته تنبئ عن ثبوت الملك للعبد على

وَلَو دُعِي إِلَى فعلٍ فَقَالَ: «بر من سوكندست كه اينَ كار نكنم».. فَهُوَ إِقْرَارٌ بِالْيَمِينِ بِاللهِ تَعَالَى.

وَإِن قَالَ: «برمن سوكندست بِطَلَاق».. فإِقرارٌ بِالْحَلِفِ بِالطَّلَاق.

فَإِن قَالَ: قلتُ ذَلِكَ كذباً.. لَا يصدَّقُ.

وَلَو قَالَ: «مراسوكندخانه است اينَ كارنكنم»، وَلَو قَالَ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ بعدَ البيعِ: «بها بازره» فَقَالَ البَائِع: «بدهم».. يكونُ فسخاً لِلْبيعِ.

الْعقارُ..

المولى، وذلك لا يمكن إثباته من جهة المولى. لا مقصوداً؛ لعدم قدرته عليه، ولا مقتضى؛ لأن من شرطه: أن يثبت المقتضي، فثبت في ضمنه المقتضى، وثبوت المقتضي - وهو الملك - متعذر لما ذكرناه.. فلا يثبت المقتضى بدونه.

(ولو دعي إلى فعل، فقال: بر من سوكندست كه اين كار نكنم)؛ أي: لم أفعل (.. فهو إقرار باليمين بالله تعالى).

(وإن قال: برمن سوكندست بطلاق.. فإقرار بالحلف بالطلاق).

(فإن قال: قلت: ذلك كذباً.. لا يصدق)؛ لأن ظاهر اللفظ يكذبه.

(و)كذا (لو قال: مراسوكندخانه است اين كارنكنم).

(ولو قال المشتري للبائع بعد البيع: بها بازره، فقال البائع بدهم.. يكون فسخاً للبيع)؛ لأن قول المشتري يتضمن فسخ البيع، وقول البائع يتضمن القبول.

(العقار) وهو في عرف الفقهاء: اسم للعرصة المبنية؛ كما ذكره في آخر الفصل الثاني من «العمادية»، وفرق بينه وبين الضيعة؛ حيث قال: إن العقار اسم للعرصة المبنية، والضيعة اسم للعرصة لا غير.

ويدل على هذا الفرق: مسألة، هي: ادعى العقار ميراثاً عن أبيه، فشهد أحد الشاهدين: أن هذا العقار ملكه، وشهد الآخر أن هذه الضيعة ملكه.. لا تقبل، هكذا ذكره.

الْمُتَنَازِعُ لَا يخرجُ مِن يَدِ ذِي الْيَدِ مَا لم يُبَرْهِنِ الْمُدَّعِي.

ثم قال: وقيل: تقبل هذه الشهادة؛ لأنه يجوز إطلاق اسم الضيعة على العقار [١/٨٣١أ].

وقال القهستاني في النفقات: العقار في عرف الشرع: اسم للعرصة المملوكة؛ مبنية أو لا، كالضيعة.

(المتنازع) فيه (لا يخرج من يد ذي اليد.. ما لم يبرهن المدعي)؛ أي: إذا ادعى عقاراً.. لا يكتفى بذكر المدعي أنه في يد المدعى عليه، وبتصديق المدعى عليه في ذلك، بل لا بد من:

إقامة البينة: أنه في يد المدعى عليه، حتى تصح دعواه.

أو علم القاضي في الصحيح؛ لأن يد المدعى عليه لا بد منه؛ لتصح الدعوى عليه؛ إذ هو شرط فيها، ويحتمل أن يكون في يد غيره؛ فبإقامة البينة: تنتفي تهمة المواضعة، فأمكن القضاء عليه بإخراجه من يده.

بخلاف المنقول؛ لأن اليد فيه مشاهدة، فتنتفي تهمة المواضعة، فلا يحتاج إلى إثباتها بالبينة، ولهذا: قيد بالعقار.

قال في «العمادية» نقلاً عن دعوى «الصغرى»: إذا ادعى المنقول، فأقر المدعى عليه أنه في يده.. يقبل إقراره، وفي العقار.. لا يقبل حتى يقيم البينة.

فإن أنكر اليد ولم يكن للمدعي بينة.. يحلفه.

قال فيه أيضاً: إذا قال المدعى عليه: هذه الضيعة ليست في يدي؛ فإن للمدعي أن يحلفه حتى يقر؛ فإذا أقر باليد.. حلف أنها ليست بملكه حتى يقر بالملك للمدعي؛ فإذا أقر.. يأمره بترك التعرض.

لكن إذا أراد المدعي إقامة البينة.. لا بد أن يثبت اليد بالبينة.

وقال صاحب «المحيط» في فصل دعوى العقار: إنما يشترط شهادة الشهود أنها في يد المدعي عليه بتوجيه الحكم واستماع البينة؛ أما لو أنكر من الابتداء أن

وَلَا يَصِحُّ قَضَاءُ القَاضِي فِي عقارٍ لَيْسَ فِي ولَايتِهِ.

يكون في يده.. يحلف على ذلك.

(ولا يصح قضاء القاضي في عقار ليس في ولايته).

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: الصحيح: أن ولاية القاضي في المحدود: تصح وإن لم يكن المحدود في ولايته.

والمسألة منصوصة في «أدب القاضي» للخصاف، فيقضي القاضي ويكتب إلى القاضي الذي هو في ولايته: أن يسلمه إليه. انتهى.

وقالا قبله أيضاً: إن اختصم غريبان من أهل ولاية أخرى عند قاضي أهل هذه البلدة.. يصح قضاؤه، ويكون ذلك بمنزلة التحكم منهما لهذا القاضي.

حتى لو كان الدعوى في دين أو عين منقول حاضر.. يصح قضاؤه بينهما؛ لأن ولايته ثابتة على الدين والعين الحاضر.

وهل العبرة لقاضي المدعي أو لقاضي المدعى عليه؟

ففي «الخلاصة» [٨٣١/ب] و«البزازية»: العبرة لقاضي المدعي عند أبي يوسف.

ولقاضي المدعى عليه عند محمد، وعليه الفتوى.

فلو كان قاضيان في مصر واحد، كل واحد منهما في نصف المصر، ولرجل من محلة هذا القاضي على رجل من محلة قاض آخر دعوى.. عند أبي يوسف: يعتبر حال المدعي.

وعند محمد: يعتبر حال المدعى عليه.

وهل المصر شرط في القضاء أو لا؟

ففي «الزيلعي»: أنه ليس بشرط عند أبي يوسف، وإليه أشار محمد أيضاً.

ووجه من اشترط أن القضاء من أعلام الدين.. فيكون المصر شرطاً فيه؛ كالجمعة والعيدين.

وَإِذا قضى القَاضِي فِي حَادِثَةٍ بِبَيِّنَة، ثُمَّ قَالَ: رجعتُ عَن قضائي، أَو: بدا لي غيرُ ذَلِك، أَو وقعتُ فِي تلبيسِ الشُّهُودِ، أَو أَبطلتُ حكمي، وَنَحْوَ ذَلِك.. لَا يعْتَبرُ، وَالْقَضَاءُ ماضٍ إِن كَانَ بعدَ دَعْوَى صَحِيحَةٍ وَشَهَادَةٍ مُسْتَقِيمَة.

(وإذا قضى القاضي في حادثة)؛ أي: في دعوى حادثة (ببينة، ثم قال: رجعت عن قضائي، أو بدا لي غير ذلك) القضاء؛ بأن تحول رأيه واجتهاده، (أو وقعت في تلبيس الشهود، أو أبطلت حكمي، ونحو ذلك.. لا يعتبر، والقضاء ماض إن كان بعد دعوى صحيحة)؛ بأن وجدت الشروط المعتبرة في دعوى الدين والعين في العقار؛ كما ذكر في باب الدعوى.

(وشهادةٍ مستقيمة)، وذلك؛ لأن رأيه الأول قد ترجح بالإمضاء، فلا ينقض باجتهاد مثله، ولا يملك الرجوع عنه، ولا إبطاله؛ لأنه تعلق به حق الغير، وهو المدعي، ألا ترى: أن الشاهد لما اتصل بشهادته القضاء.. لا يصح رجوعه، ولا يملك إبطاله؛ لما ذكرنا فكذا القاضي.

لكنه يقضي في المستقبل باجتهاده الثاني.

ولو قضى باجتهاده، ثم تبين نص بخلافه.. فإنه يبطل قضاؤه؛ لأن الرأي دون النص.

قال في «الخلاصة»: إذا قضى القاضي في حادثة، ثم ظهر له رأي بخلافه.. قال محمد: ينقض قضاؤه.

وقال أبو يوسف: لا ينقض.

والقاضي إذا بدا له أن يرجع عن القضاء؛ إن كان الذي قضى خطأً لا خلاف فيه.. يرده، وإن كان مختلفاً فيه.. أمضاه، وفي المستقبل: يقضي بالذي يرى أنه أفضل؛ فإن ظهر له نص بخلاف قضائه.. ينقض قضاؤه. انتهى.

ثم قال فيه أيضاً: إن كان الدعوى في حقوق العباد؛ كالقصاص والطلاق والنكاح والعتق؛ إن ظهر أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف، إن قال القاضي:

وَمَن لَهُ على آخرَ حقٌّ فَخَبَأَ قوماً، ثمَّ سَأَلَهُ عَنهُ، فأَقَرَّ بِهِ وهم يرونَهُ ويسمعونَهُ، وَهُوَ لَا يراهم.. صحَّتْ شَهَادَتهم عَلَيْهِ.

وَإِن سمعُوا كَلَامه وَلم يَروه.. فَلَا.

تعمدت.. يضمن، والضمان في ماله، ويعزر للجناية.

وإن كان خطأ.. يضمن المقضي له الدية.

وفي الطلاق [٨٣٢/أ]: ترد المرأة إلى زوجها.

وفي العتق: يرد العبد إلى مولاه.

وفي حقوق الله تعالى؛ كحد الزنا والشرب والسرقة؛ إذا ظهر أن الشهود عبيد، وقال: تعمدت.. فهو ضامن الدية.

وإن كان خطأ.. فضمانه في بيت المال.

وهذا: إذا ظهر الخطأ بالبينة.

أما إذا أقر القاضي بذلك.. لا يصدق، ولا يبطل القضاء؛ كالشهود إذا رجعوا. انتهى.

وهكذا ذكره في «البزازية» وقال: وهذا إذا ظهر الخطأ بالبينة أو بإقرار المقضي له.

(ومن له على آخر حق فخبأ) في «المصباح»: خبات الشيء خبأً مهموز، من باب نفع: سترته، وترك الهمز تخفيفاً؛ لكثرة الاستعمال، وربما همزت على الأصل.

(قوماً، ثم سأله عنه)؛ أي: عن الحق، (فأقر به)؛ أي: أقر الآخر بالحق (وهم)؛ أي: القوم المستورون (يرونه)؛ أي: الآخر، (ويسمعونه)؛ أي: يسمعون إقراره، (وهو)؛ أي: الآخر (لا يراهم.. صحت شهادتهم عليه)؛ لأن الإقرار موجب بنفسه، وقد علموه يقيناً، وهو الركن في أداء الشهادة.

(وإن سمعوا كلامه ولم يروه.. فلا) تصح شهادتهم عليه؛ لأن الصوت يشبه الصوت، فيحتمل أن يكون المقر غيره.. فلا تجوز الشهادة مع الاحتمال.

وَلَو بِيَع عقارٌ وَبَعضُ أَقَارِبِ البَائِعِ حَاضِرٌ يَعلمُ البيعَ وَسكتَ.. لَا تُسمَعُ دَعْوَاهُ بعدَهُ.

إلا إذا كانوا دخلوا البيت وعلموا أنه ليس فيه غيره، ثم جلسوا على الباب، وليس للبيت مسلك غيره، ثم دخل رجل، فسمعوا إقرار الرجل ولم يروه وقت الإقرار؛ لأن العلم حصل لهم في هذه الصورة، فجاز لهم أن يشهدوا عليه.

(ولو بيع عقار، وبعض أقارب البائع حاضر يعلم البيع وسكت.. لا تسمع دعواه بعده).

أطلق الأقارب فشمل السببية والنسبية، فيشمل: الزوج والزوجة أيضاً.

وإنما قيد بالأقارب؛ لأنهم فرقوا في هذه المسألة بين الأقارب والأجنبي. ففي آخر كتاب الدعوى من «البزازية»: إذا باع عقاراً وامرأته أو ولده حاضر ساكت، ثم ادعاه لنفسه.. قال صاحب «المنظومة»: اتفق أساتيذنا على أنه لا تسمع دعواه، ويجعل سكوته رضا للبيع؛ قطعاً للتزوير والأطماع، والحيل والتلبيس، وجعل الحضور وترك المنازعة إقراراً بأنه ملك البائع.

وقال الإمام ظهير الدين: فتوى أئمة بخارى على أن سكوته لا يكون تسليماً له، وله المطالبة والدعوى؛ كما إذا كان الحاضر الساكت غير الولد والزوجة والقريب؛ لأن سكوت الناطق لا يكون إقراراً، وأئمة خوارزم على رأي أئمة سمرقند [٨٣٢/ب].

وفي الفتاوى: يتأمل المفتي في ذلك؛ إن رأى المدعي الساكت ذا حيلة.. أفتى بعدم السماع، لكن الغالب على أهل الزمان: الفساد.. فلا يفتي بما اختاره أهل خوارزم. انتهى كلام «البزازية».

وهكذا ذكر قاضي خان قبيل باب الربا.

وقال في «الزيلعي»: لا فرق في ذلك بين الأقارب والأجنبي في كون سكوت الحاضر إقراراً، واستدل على ذلك بمسألة نقلها عن «كفاية النهاية»، وذكرت في «شرح الأشباه»: أنه استدلال فاسد؛ لأنه من قبيل القياس مع الفارق، فليراجع.

وَلَو وهبتِ امْرَأَةٌ مهرَهَا مِن زَوجِهَا ثُمَّ مَاتَت، فَطلبَ أَقاربُها الْمهْرَ وَقَالُوا: كَانَتِ الْهِبَةُ فِي مرضِ مَوتِهَا، وَقَالَ: بل فِي صِحَّتهَا.. فَالْقَوْلُ لَهُ.

وَلَو أقرَّ بِحَقٍ، ثُمَّ قَالَ: كنتُ كَاذِباً فِيمَا أَقرَرتُ.. حلفَ الْمقَرُّ لَهُ: أَنَّ الْمقِرَّ لم يكن كَاذِباً فِيمَا أقرَّ، وَلستَ بمبطلٍ فِيمَا تَدَّعِي عَلَيْهِ، عِنْدَ أَبي يُوسُفَ، وَبِه يُفْتى.

وَالْإِقْرَارُ لَيْسَ سَبباً للْملكِ.

(ولو وهبت امرأة مهرها من زوجها، ثم ماتت، فطلب أقاربها المهر وقالوا: كانت الهبة في مرض موتها، وقال) الزوج: (بل في صحتها.. فالقول له)؛ أي: للزوج.

والقياس: أن يكون القول للورثة؛ لأن الهبة حادثة، والأصل في الحوادث: أن تضاف إلى أقرب الأوقات.

وجه الاستحسان: أنهم اتفقوا في سقوط المهر عن الزوج، والوارث يدعي العود إليه، والزوج ينكر العود، والقول: قول المنكر مع يمينه، والبينة: بينة المدعي.

(ولو أقر بحق، ثم قال: كنت كاذباً فيما أقررت.. حلف المقر له أن المقر لم يكن كاذباً فيما أقر، ولست) أنت (بمبطل فيما تدعي عليه، عند أبي يوسف، وبه يفتى).

فإن قيل: كيف يدعي المقر كذبه، وكيف يحلف المقر على عدم كذبه، مع أن سبب الملك تحقق منه وهو الإقرار؟

فأجاب عنه بقوله: (والإقرار ليس سبباً للملك)، وهذا استحسان، وبه أخذ أبو يوسف.

وجهه: أن العادة جرت بين الناس: أنهم يكتبون الصك إذا أرادوا الاستدانة قبل الأخذ، ثم يأخذون المال.. فلا يكون الإقرار تمليكاً وتسبباً للملك، وعليه الفتوى؛

وَلَو قَالَ لآخرَ: وَكَّلتُكَ بِبيعِ هَذَا، فَسكتَ.. صَارَ وَكيلاً.

وَمنَ وكَّلَ امْرَأَتَهُ بِطَلَاقِ نَفسِهَا.. لَا يملكُ عزلَها.

وَلَو قَالَ لآخرَ: وَكَّلتُكَ بِكَذَا، على أَنّي مَتى عزلتُكَ فَأَنتَ وَكيلِي.. فطريقُ عَزلِهِ أَن يَقُولَ: عزلتُكَ، ثمَّ عزلتُكَ.

لتغير أحوال الناس، وكثرة الخداع والخيانات، وهو يتضرر بذلك، والمدعي لا يتضرر باليمين إن كان صادقاً، فيصار إليه.

وقال أبو حنيفة ومحمد: يؤمر بتسليم المقر به إلى المقر له، وهو القياس؛ لأن الإقرار حجة ملزمة شرعاً.. فلا يصار معه إلى اليمين؛ كالبينة.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن الإقرار هل هو تمليك أو إخبار؟ وقد مر بيانه في الإقرار.. فليراجع.

(ولو قال الآخر: وكلتك ببيع هذا، فسكت.. صار وكيلاً)؛ لأن سكوته قبول عادة، وقد ذكرنا في هذا الشرح، وفي «شرح الأشباه»: أن السكوت في مواضع كثيرة: قبول وإقرار.

(ومن وكل امرأته بطلاق نفسها.. لا يملك عزلها)؛ لأنه يمين من جهته، لما فيه من معنى التعليق، وهو تعليق بفعلها.. فلا يصح الرجوع في اليمين، وهو تمليك من جهتها؛ لأن الوكيل هو الذي يعمل لغيره، وهي عاملة لنفسها.. فلا تكون وكيلة، بخلاف الأجنبي.

(ولو قال لآخر: وكلتك بكذا، على) [٨٣٣/أ] (أني متى عزلتك فأنت وكيلي فطريق عزله أن يقول: عزلتك، ثم) يقول: (عزلتك)؛ لأنه لما قال: عزلتك.. ينعزل عن الوكالة المنجزة، وتنجزت المعلقة بالعزل، فصار وكيلاً جديداً، ثم بالعزل الثاني: انعزل عن الوكالة الثانية.

والأصل في هذا: أن الوكالة مما تقبل التعليق بالشرط، أي شرط كان، فيجوز تعليقها بالعزل؛ فإذا عزله.. انعقدت المعلقة بالعزل، فتصير منجزة؛ فإذا عزله.. انتهت الوكالة.

وَلَو قَالَ: كلَّما عزلتُكَ فَأَنت وَكيلِي.. فطريقه أَن يَقُولَ: رجعتُ عَنِ الْوكَالَة الْمُعَلَّقَةِ وعزلتُكَ عَنِ المنجَّزَةِ.

(ولو قال: كلما عزلتك فأنت وكيلي.. فطريقه) أي: طريق عزله (أن يقول: رجعت عن الوكالة المعلقة، وعزلتك عن المنجزة).

واعلم: أن هذه الوكالة سماها الفقهاء: «وكالة معلقة»، اختلف فيها نصير بن يحيى، ومحمد بن سلمة:

فقال نصر: تجوز هذه الوكالة بهذا الشرط.

وقال محمد: لا تجوز؛ لأن الوكالة شرعت غير لازمة؛ فلو جاز التوكيل بهذا الشرط.. لا يتمكن من إخراجه عن الوكالة، فتصير لازمة، وهو قلب الموضوع.

ووفق الفقيه أبو جعفر بينهما وقال: تفسير هذا الكلام على قول محمد: أني كلما أخرجتك عن الوكالة فأنت وكيلي بهذه الوكالة، ولو صرح بذلك.. كان باطلاً؛ لأن الوكالة شرعت على وجه يرد عليها العزل، وهو قصد بهذا: أن لا يرد العزل على الوكالة.. فيكون باطلاً.

وتفسيره على قول نصير: أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة.. يصير وكيلاً بوكالة مستقبلة، تعلق لزومها ببطلان الوكالة الأولى، ولو صرح بذلك.. كان جائزاً، ولا يكون مخالفاً حكم الشرع.

ثم إذا ثبت الاختلاف بينها في هذه المسألة؛ فمن أراد تصحيح هذه الوكالة عند الكل.. ينبغي أن يقول: «كلما أخرجتك عن هذه الوكالة».

قال بعضهم: يقول الموكل: رجعت عن قولي: «متى أخرجتك عن الوكالة فأنت وكيلي»، فيصح رجوعه، ثم يقول بعد ذلك: أخرجتك عن هذه الوكالة؛ لأن الوكالة المعلقة بطلت بالرجوع؛ فإذا عزل عن الوكالة المنجزة.. لا يصير وكيلاً، وإنما يذكر «رجعت عن الوكالة»؛ احترازاً عن قول أبي يوسف؛ فإن عنده العزل عن الوكالة المعلقة: قبل وجود الشرط، وبه أخذ نصير بن يحيى، والفتوى على قول محمد.

وَقبضُ بدلِ الصُّلْحِ قبلَ التَّفَرُّقِ: شَرطٌ إن كَانَ دَيناً بدَينٍ، وإلَّا.. فَلَا.

وقال بعضهم: طريق الإخراج عن هذه الوكالة أن يقول: عزلتك كما وكلتك.

وقال شمس الأئمة السرخسي: الأصح عندي: أن يقول: عزلتك عن الوكالات، فينصرف ذلك إلى المعلق والمنجز.

هذه الجملة في «فتاوى قاضي خان».

ومنه ظهر: أن المصنف اختار قول أبي يوسف في طرق العزل؛ فإنه اختار لفظ: «رجعت».

(وقبض بدل الصلح قبل التفرق: شرط إن كان) الصلح (ديناً بدين)، وذلك بأن وقع الصلح على غير ما يستحقه الدائن بعقد المداينة؛ بأن صالح على دراهم عن دنانير في الذمة؛ لأن الصلح متى وقع على ما يستحقه الدائن بعقد المداينة [٧٣٣/ب].. يحمل على المعاوضة.

وإذا حمل على المعاوضة.. يكون صرفاً أو بيعاً، وفيهما: لا يجوز الافتراق قبل قبض البدل؛ لما فيه من الافتراق عن الدين بالدين، وذلك منهي عنه؛ لأن النبي ﷺ نهى عن الكالئ بالكالئ، ولذا قال في «قاضي خان»: رجل ادعى على رجل ألف درهم، فأنكر، فاصطلحا على عشرة دنانير وافترقا قبل القبض.. بطل؛ لأن الصلح على غير جنس الحق لا يكون إلا مبادلة، والصرف يبطل بالافتراق من غير قبض.

ولو كان له على رجل ألف درهم جياد، فاصطلحا على عشرة دنانير وافترقا قبل القبض.. بطل.

ولو صالح من الجياد على البنهرجة.. جاز، ولا يكون صرفاً، بل يكون إسقاطاً لصفة الجودة.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يكن الصلح ديناً بدين (.. فلا) يشترط قبض بدل الصلح، وذلك:

- إما بأن وقع الصلح على بعض جنس ما يستحقه الدائن بعقد المداينة؛ لأن

وَمَنِ ادّعى على صبيٍّ دَاراً، فَصَالَحَهُ أَبوهُ على مَالِ الصَّبِي؛ فَإِن كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ.. جَازَ الصُّلْحُ إِن كَانَ بِمِثلِ الْقيمَةِ أَو أَكثرَ ممَّا يُتَغَابَنُ فِيهِ.

وَإِن لم يكن لَهُ بَيّنَةٌ، أَو كَانَت غيرَ عادلةٍ.. لَا يجوزُ.

الصلح عما يستحق الدائن بعقد المداينة على بعض جنسه: أخذٌ لبعض حقه، وإسقاطٌ لباقيه، لا معاوضة؛ لأن حمله على المعاوضة يفضي إلى الربا، فلا يحمل عليها.

فلو صالح عن ألف دين على بعضه، أو على ألف مؤجل.. جاز؛ لأنه يجعل مستوفياً لبعض حقه، ومسقطاً لبعضه في الأولى، وفي الثانية: يجعل كأنه أجل نفس الحق؛ تحرياً للجواز.

ولو حمل على المعاوضة.. لفسد؛ لأن بيع الدراهم بالدراهم لا يجوز إلا مثلاً بمثل يداً بيد، فلا يصار إليه.

وكذا: لو صالح عن الألف على خمسمائة مؤجلة.. جاز، وكأنه أبرأه عن النصف، وأخر النصف.

• وإما بأن وقع الصلح على غير معين؛ كما إذا وقع على شعير بعينه، عن حنطة في الذمة مثلاً.. فإنه لا يبقى ديناً في الذمة، فجاز الافتراق عنه قبل القبض، وإن كان مال الربا.

(ومن ادعى على صبي داراً، فصالحه أبوه على مال الصبي؛ فإن كان له)؛ أي: للمدعي (بينة.. جاز الصلح إن كان بمثل القيمة)؛ بأن يساوي قيمة الدار بدل الصلح، (أو أكثر)؛ أي: أو كان البدل أكثر (مما يتغابن فيه)؛ أي: بقدر ما يتغابن فيه عادة.

كلمة «من»: بيان للأكثر، وهذا لأن في هذا الصلح منفعة للصبي بسلامة عين الدار له.. فيجوز.

(وإن لم يكن له) أي: للمدعي (بينة، أو كانت) بينة (غير عادلة.. لا يجوز)؛ لأن الأب صار في هذا الصلح متبرعاً بمال الصبي؛ لأن المدعي لم يستحق شيئاً من مال

وَمَن قَالَ: لَا بَيِّنَةَ لي، ثمَّ برهَنَ.. صَحَّ.

وَكَذَا لَو قَالَ: لَا شَهَادَةَ لي فِي هَذِهِ الْقَضِيَّةِ، ثمَّ شهدَ.

الصبي عند عدم الصلح؛ لعدم بينة أو لعدم عدالة بينة.. فلا يجوز.

بخلاف الصورة الأولى؛ لأن المدعي فيها استحق عين الدار بالبينة العادلة لولا الصلح.. فلا يكون الأب متبرعاً بمال الصبي بالصلح، بل مشترياً له، فيجوز.

ولو كان الأب هو المدعي للصغير، ولا بينة له.. يجوز؛ لأنه لم يثبت للصغير فيما ادعاه الأب له ملك [٨٣٤/أ]، ولا التمكن من الأخذ؛ لعدم البينة، فكان بالصلح محصلاً له مآلاً من غير أن يخرج بشيء من مال الصبي، فكان نفعاً محضاً.

وإن كان للأب بينة عادلة.. لا يجوز إلا بالمثل أو بأقل قدر مما يتغابن الناس فيه.

ووصي الأب في هذا: مثل الأب؛ كذا في «الزيلعي».

(ومن قال: لا بينة لي، ثم برهن.. صح) برهانه؛ لإمكان التوفيق بينهما؛ بأنه كانت له بينة فنسيها، ثم ذكرها بعد ذلك، أو كان لا يعلمها، ثم علمها.

وعن أبي حنيفة: أنها لا تقبل؛ لأنه أكذب نفسه.

(وكذا لو قال: لا شهادة لي في هذه القضية، ثم شهد)؛ أي: تقبل شهادته؛ لإمكان التوفيق بينهما؛ بأنه يقول: نسيت ثم تذكرت.

وكذا: تقبل لو قال المدعي: ليس لي عند فلان شهادة، ثم جاء به فشهد له؛ لإمكان التوفيق أيضاً؛ لأنه يقول: نسيت، أو لا يعلمها، ثم علمها.

وكذا لو قال: لا أعلم حقاً على فلان، ثم أقام البينة أن له عليه حقاً.. تقبل؛ لإمكان الخفاء عليه، فأمكن التوفيق.

بخلاف ما إذا قال: ليس لي عليه حق، ثم ادعى عليه حقاً؛ حيث لا تسمع دعواه؛ لأن المناقضة بين الإقرار والدعوى ثابتة، فلا يمكن التوفيق بينهما، ونفي الحجة في هذا: كنفي الشهادة، لا كنفي الحق.

وَلِلْإِمَامِ الذِي ولَّاهُ الْخَلِيفَةُ أَن يُقطِعَ إِنْسَاناً مِنْ طَرِيقِ الجادَّةِ إِن لم يَضُرَّ بالمارَّةِ.

وَمَن صادَرَهُ السُّلْطَانُ وَلم يُعيِّنْ بِبيعِ مَالِهِ فَبَاعَ مَالَهُ.. نَفَذَ.

وَلَو خوَّفَ امْرَأَتَهُ بِالضَّرْبِ حَتَّى وَهَبَت مهرَهَا مِنْهُ.. لَا تصحُّ الْهِبَةُ إِن قَدَرَ على الضَّرْبِ.

وَإِن أَكرَهَها على الْخُلْعِ فَفعلَت.. يَقعُ الطَّلَاقُ..........................

حتى لو قال: لا حجة لي على فلان، ثم أتى بحجة.. تقبل؛ لإمكان التوفيق.

ولو قال: هذه الدار، أو هذا العبد ليس لي، ثم أقام بينة أن الدار أو العبد له.. تقبل بينته؛ لأنه لم يثبت بهذا الإقرار حقاً لغيره، وكل إقرار لم يثبت به حق للغير: كان لغواً.

(**وللإمام الذي ولاه الخليفة: أن يُقطع إنساناً من طريق الجادة إن لم يضر بالمارة**)؛ لأن للإمام ولاية التصرف في حق العامة فيما فيه نظر للعامة؛ فإذا رأى في ذلك مصلحة لهم.. كان له أن يفعله؛ لأن تصرف الإمام دائر على المصلحة.

وله فروع ومباحث في «الأشباه» وبيناه في شرحه.

(**ومن صادره السلطان ولم يعين**) في مصادرته (**ببيع ماله، فباع ماله.. نفذ**) البيع؛ لأن الإكراه لم يقع على بيع ماله، فيكون بيعه اختيارياً، غاية الأمر: أنه صار محتاجاً إلى بيعه لإيفاء ما طلب منه السلطان، وذلك ليس بكره عليه؛ كما لو باع المحبوس ماله لدينه؛ فإنه لا يكون كرهاً.

(**ولو خوف امرأته بالضرب حتى وهبت مهرها منه.. لا تصح الهبة إن قدر**) الزوج (**على الضرب**) الذي هددها به؛ لأن بالقدرة على إيقاع ما هددها به من الضرب: تحقق الكره، فتفسد الهبة.

(**وإن أكرهها على الخلع ففعلت.. يقع الطلاق**)؛ لأن طلاق المكره واقع كما تقدم في بابه.

وَلَا يجبُ المَالُ.

وَلَو أَحالَت إِنْسَاناً بِالْمهْرِ على الزَّوْجِ، ثمَّ وهَبَتهُ مِنَ الزَّوْجِ. لَا تصحُّ الْهِبَةُ.

وَمنِ اتَّخذَ بِئْراً أَو بالوعةً فِي دَارِهِ، فنزَّ مِنْهَا حَائِطُ جَارِهِ، وَطلبَ تحويلَه.. لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ.

وَإِن سقطَ الْحَائِطُ مِنْهُ.. لَا يضمَنُهُ.

وَمَن عمَّر دَارَ زَوجتِهِ بِمَالِهِ بِإِذْنِهَا.. فالعمارةُ لَهَا،.........................

(ولا يجب المال)؛ لعدم الرضاء [٨٣٤/ب]، وهو شرط في وجوب المال.

(ولو أحالت) المرأة (إنساناً بالمهر) الكائن (على الزوج) متعلق بكل من «أحالت» و«الكائن» على طريق التنازع.

صورة المسألة: امرأة أحالت دائنها على زوجها بمهرها الكائن على الزوج، أو وهبت مهرها الذي على الزوج إنساناً من أقربائها، أو أجنبياً، فسلطت الموهوب له على الزوج بقبضه، (ثم وهبته)؛ أي: المهر (من الزوج.. لا تصح الهبة) للزوج؛ لتعلق حق المحتال، وهذا حيلة في عدم سقوط المهر عن الزوج بالهبة منه، ولنا في هذه المسألة بحث لطيف ذكرناه في شرح كتاب الهبة من «الأشباه»، فليراجع.

(ومن اتخذ بئراً أو بالوعة)، في «المصباح»: البالوعة: ثقب ينزل فيه الماء.

(في داره، فنزَّ منها حائط جاره، وطلب تحويله.. لا يجبر عليه)؛ لأنه تصرف في ملكه، وهو غير متعد فيه.

(وإن سقط الحائط منه.. لا يضمنه)؛ لما ذكرناه.

(ومن عمّر دار زوجته)؛ في «المصباح»: عمرت الدار من باب قتل: عمَّر أبنيتها، والاسم: العِمارة بالكسر.

(بماله بإذنها)؛ أي: إذن الزوجة (.. فالعمارة)؛ أي: البناء: (لها)؛ أي: للزوجة؛

وَالنَّفقَةُ دَينٌ لَهُ عَلَيْهَا.

وَإِن عمَّرها بِلَا إِذْنهَا.. فالعمارةُ لَهَا، وَهُوَ مُتَبَرِّع.

وَإِن عَمَّرَ لنَفسِهِ بِلَا إِذْنهَا.. فالعمارةُ لَهُ.

أي: ملك لها، (والنفقة)؛ أي: الذي صرفه في العمارة من الدراهم: (دين له) للزوج (عليها) على الزوجة؛ لأنها بالإذن بالعمارة: التزمت النفقة له عليها، وإذا لزمت النفقة له عليها.. يكون البناء ملكاً لها؛ لئلا يجتمع البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد.

(وإن عمرها بلا إذنها.. فالعمارة لها)؛ أي: للزوجة، (وهو)؛ أي: الزوج (متبرع) في النفقة؛ لعدم إذن الزوجة.

هذا، إن عمرها للزوجة، أو سكت ولم ينو شيئاً لنفسه أو للزوجة؛ بقرينة قوله: (وإن عمر لنفسه بلا إذنها.. فالعمارة له)؛ أي: للزوج.

ذكر هذا التفصيل في العمارة في «البزازية» أيضاً؛ حيث قال: أقر بدار لامرأته في صحته، وهي خراب، وعمرها بملكه، ثم مات عن هذه الدارِ وابنٍ له، فادعى الابن: أن العمارة بينهما، وهي: أنها لها وعمارتها؛ إن كان عمرها بإذنها.. فالعمارة لها، والنفقة دين عليها، فتغرم حصة الابن من النفقة.

وإن عمرها بغير إذنها لنفسه.. فالعمارة ميراث، ولها أن تغرم قيمة نصيب الابن من العمارة، وسلمت العمارة لها.

ولو عمرها لها بلا إذنها.. فلها العمارة، ولا شيء عليها من النفقة، وهو متطوع فيه.

وكذا: عمارة كرم زوجته وسائر أملاكها.

وذكر العتابي: عمر دار امرأته بإذنها.. فالعمارة لها، وإلا.. فهي تركة. انتهى كلام «البزازية» ذكره في كتاب الهبة [٨٣٥/أ] في نوع أحكام العمارة.

وَمَن أَخذَ غريماً لَهُ فَنَزَعَهُ إِنْسَانٌ مِن يَدِهِ.. فَلَا ضَمَانَ على النَّازِعِ.

وَمَن فِي يَدهِ مَالُ إِنْسَانٍ فَقَالَ لَهُ سُلْطَانٌ: ادفعهُ إِلَيّ، وإِلَّا.. قطعتُ يدَكَ، أَو ضربتُكَ خمسينَ سَوْطاً.. لَا يضمنُ لَو دَفَعَ.

وذكر في حيطان «الخلاصة»: رجل بنى السقف الأعلى في منزل امرأته، ثم أراد رفعه؛ إن بناها بأمرها.. ليس له الرفع، والبناء لها، والنفقة دين عليها.

وكذا: كل من بنى في دار غيره بأمره.. يكون البناء له، وإن بنى بغير أمرها.. له أن يرفع، إلا أن يضر بها.. فحينئذٍ يمنع عن الرفع.

وهذا على وفق ما ذكره العتابي؛ حيث لم يثلث المسألة كما ثلثه المصنف و«البزازية» أولاً.

ثم قال في «الخلاصة» نقلاً عن كتاب «الوصايا» للفضلي: إن بنى لها.. تكون العمارة لها.

وهذا إشارة منه إلى التثليث.

(ومن أخذ غريماً له)؛ أي: مديونه، (فنزعه إنسان من يده.. فلا ضمان على النازع)؛ لأن ضياع حقه لم يحصل بفعل النازع وهو نزعه، بل إنما حصل بفعل فاعل مختار، وهو: هرب الغريم، فصار النزع سبباً بعيداً، والهرب سبباً قريباً، والأصل: إضافة المسبب إلى السبب القريب دون البعيد؛ كما إذا حل قيد العبد فأبق العبد؛ فإن الحال لا يضمن؛ لأن التلف يضاف إلى إباق العبد؛ لأنه سبب قريب، لا إلى حل الرجل؛ لأنه سبب بعيد.

وكدلالة السارق على مال الغير؛ فإن الدال لا ضمان عليه؛ لأن التلف بفعل السارق، لا بدلالة الدال.

وكمن أمسك هارباً عن عدو حتى قتله العدو؛ فإنه لا ضمان على الممسك، وله نظائر كثيرة.

(ومن) كان (في يده مال إنسان، فقال له سلطان: ادفعه إلي، وإلا قطعت يدك، أو ضربتك خمسين سوطاً.. لا يضمن) الدافع (لو دفع)؛ لأن أمر السلطان كره معتبر

وَلَو وضعَ فِي الصَّحرَاءِ مِنْجَلاً ليصيدَ بِهِ حمَارَ وَحشٍ وسمَّى عَلَيْهِ، فجَاءَ في الغد وَوجدَ الْحمارَ مَجروحاً مَيتاً.. لَا يحلُّ أَكلُهُ.

وَيكرَهُ مِنَ الشَّاةِ: الحَياءُ، والخصيةُ، والمثانةُ،..........................

شرعاً؛ لأنه قادر على إيقاع ما هدده.. فلا ضمان عليه، ويضمن السلطان؛ لأنه مكره متلف.

ولو قال السلطان: ادفعه إلى فلان، وأخذه فلان مختاراً.. فالضمان على السلطان أو الآخذ، وصاحب المال مخير أيهما شاء يضمِّن.

ولو كان الآخذ مجبوراً.. فالضمان على السلطان فقط.

(ولو وضع في الصحراء منجلاً ليصيد به حمار وحش) ونحوه (وسمى عليه) ليحل أكله، (فجاء في الغد) قيد اتفاقي لا احترازي؛ إذ لو جاء في ساعته فالحكم أيضاً كذلك.

(ووجد الحمار مجروحاً ميتاً.. لا يحل أكله)، علله في «الزيلعي» بأن شرط الحل: أن يذبحه أو يجرحه، وبدون ذلك لا يحل، فصار كالنطيحة والمتردية في الآية.

يريد: أنه لم يتيقن أنه مات من جرحه، وقد تقدم ما يتعلق بهذه المسألة في كتاب الصيد.

(ويكره من الشاة) أكل (الحياء)، في «المصباح» [٨٣٥/ب]: حياء الشاة ممدود.

وقال أبو زيد: الحياء: اسم للدبر من كل أنثى من الظلف والخف وغير ذلك.

وقال الفارابي: الحياء: فرج الجارية والناقة. انتهى.

(والخصية) معروف، مثناه: خصيتان.

(والمثانة)، في «المصباح»: هو مستقر البول من الإنسان والحيوان، وموضعها من الرجل: فوق المعا المستقيم، ومن المرأة: فوق الرحم، والرحم فوق المعا المستقيم.

وَالذَّكَرُ، والغُدَّةُ، والمرارةُ، وَالدَّمُ المسفوحُ.

وللقاضي أَن يُقْرِضَ من مَالِ الْغَائِبِ والطِّفلِ واللُّقَطَةِ.

وَلَو كَانَت حَشَفَةُ الصَّبِيِّ ظَاهِرَةً، مَن رَآهُ ظَنَّه مختتناً وَلَا تُقطَعُ جِلدَةُ ذَكَرِهِ إِلَّا بِمَشَقَّةٍ.. جَازَ تركُ خِتَانِهِ.

وَكَذَا شيخٌ أَسلَمَ وَقَالَ أهلُ البصرِ: لَا يُطيقُ الْخِتَانَ.

(والذكر) معروف.

(والغدة)، في «المصباح»: الغدة: لحم يحدث عن داء بين الجلد واللحم، يتحرك بالتحريك.

(والمرارة) معروف.

(والدم المسفوح)؛ أي: المصبوب.

(وللقاضي أن يقرض من مال الغائب والطفل واللقطة)؛ لأن في الإقراض مصلحة لهم؛ لبقاء مالهم محفوظة مضمونة، والقاضي يقدر على الاستحفاظ والاسترداد.

(ولو كانت حشفة الصبي ظاهرةً، مَن) موصولة (رآه) صلة لمَن (ظنه) خبر لمن (مختتناً، ولا تقطع) عطف على «ظاهرة» (جلدة ذكره إلا بمشقة.. جاز ترك ختانه)؛ لأن ترك الواجب بالعذر: جائز، وترك السنة أولى.

والختان من سنة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام من زمان إبراهيم ﷺ.

قيل: أربعة عشر نبياً ولد مختوناً: آدم عليه السلام وشيث عليه السلام، ونوح عليه السلام، وهود عليه السلام، [ولوط عليه السلام]، وصالح عليه السلام، وشعيب عليه السلام، ويوسف عليه السلام، وموسى عليه السلام، وسليمان عليه السلام، وزكريا عليه السلام، وعيسى عليه السلام. وحنظلة بن صفوان، ونبينا محمد ﷺ.

(وكذا شيخ أسلم وقال أهل البصر: لا يطيق الختان)؛ لأنه معذور، وخبر أهل البصر معتبر.

وَوقتُ الْخِتَانِ غيرُ مَعْلُومٍ.

وَقيلَ: سبعُ سِنِينَ.

وَلَا يجوزُ أَن يُصَلّى على غيرِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمَلَائِكَةِ إِلَّا بطرِيقِ التَّبَعِ.

وَلَا الْإِعْطَاءُ باسمِ النَّيروزِ والمَهرجانِ.

وَلَا بَأْسَ بِلُبْسِ القَلانسِ.

وللشَّابِّ الْعَالِمِ أَن يَتَقَدَّمَ على الشَّيْخِ الْجَاهِلِ.

(ووقت الختان غير معلوم) على الصحيح.

(وقيل: سبع سنين)، وقيل: تسع سنين، وقيل: حتى يبلغ، وقيل: عشر سنين.

(ولا يجوز أن يصلي على غير الأنبياء والملائكة إلا بطريق التبع)؛ بأن يقول: اللهم صل على محمد وآله وصحبه وسلم، وذلك لما فيه من تعظيم النبي ﷺ.

واختلف في الترحم، قيل: يجوز، وقيل: لا.

(ولا الإعطاء باسم النيروز والمهرجان)؛ أي: لا يجوز الإهداء باسم هذين اليومين، قال أبو جعفر الكبير: لو أن رجلاً عبدَ الله خمسين سنة، ثم جاء النيزوز وأهدى إلى بعض المشركين بيضة يريد تعظيم ذلك اليوم.. فقد كفر وحبط عمله[1] فصاعدا (ولا بأس بلبس القلانس)[2]؛ لما روي أن النبي ﷺ كان له قلانس يلبسها، وقد صح ذلك.

(وللشاب العالم أن يتقدم على الشيخ الجاهل)؛ لما مر أنه أفضل منه، قال الله

---

(١) إلى هنا ينتهي مخطوط الكتاب، وبقي جزء من المسائل المنثورة، و كتاب الفرائض، لم يذكره المصنف، وإتماماً للفائدة رأينا إلحاق تمام شرح المتن من «مجمع الأنهر»، والله الموفق والهادي للصواب.

(٢) من هنا إلى نهاية الكتاب التتمة من كتاب «مجمع الأنهر».

ولحافظِ الْقُرْآنِ أَن يخْتمَ فِي أَرْبَعِينَ يَوْماً.

تعالى: ﴿هَلْ يَسْتَوِى ٱلَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾، ولهذا.. يقدم في الصلاة وهي أحد أركان الإسلام، وقال الله تعالى: ﴿أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ وَأُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ﴾، والمراد بأولي الأمر: العلماء في أصح الأقوال، والمطاع شرعاً.. يقدم، والعلماء ورثة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام على ما جاءت به السنة.

(ولحافظ القرآن أن يختم في أربعين يوماً)؛ لأن المقصود من قراءة القرآن: فهم معانيه، والاعتبار بما فيه، لا مجرد التلاوة، وذلك يحصل بالتأني لا بالتواني في المعاني؛ فقدروا للختم: أقله بأربعين يوماً يقرأ في كل يوم حزباً ونصف حزب وأقل.

ولله در المصنف رحمه الله تعالى أنه ختم كتابه في بيان قراءة القرآن وكيفية الختم.

* * *

(كتاب الفرائض)

(كتابُ الْفَرَائِضِ)

يَبْدَأُ مِن تَرِكَةِ الْمَيِّتِ بتجهيزِهِ وَدَفْنِهِ، بِلَا إِسْرَافٍ وَلَا تقتيرٍ.

(كِتَابُ الفَرَائِضِ)

وجه التأخير: بيّن، فلا يحتاج إلى البيان.

هي: جمع فريضة من الفرض، وهو التقدير، يقال: فرض القاضي النفقة؛ أي: قدّرها، وسمي هذا العلم: فرائض؛ لأن الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره إلى ملك مقرب، ولا نبي مرسل، وبين نصيب كل واحد؛ من: النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس، بخلاف سائر الأحكام؛ كالصلاة والزكاة والحج وغيرها؛ فإن النصوص فيها مجملة، وإنما السنة بيّنتها.

وهذا العلم من أشرف العلوم؛ قال ﷺ: «العلم ثلاثة، وما سوى ذلك فضل: آية محكمة، أو سنة قائمة، أو فريضة عادلة»، وقد حث ﷺ على تعليمه وتعلمه بقوله: «تعلموا الفرائض وعلموها؛ فإنها نصف العلم، وهو ينسى، وهو أول شيء ينزع من أمتي».

(يبدأ من تركة الميت) الخالية عن تعلق حق الغير بعينها؛ كالرهن، والعبد الجاني، والمشتري قبل القبض؛ فإن صاحبه يقدم على التجهيز كما في حال حياته، وإن لم يكن.. يبدأ (بتجهيزه ودفنه)؛ اعتباراً لحالة الحياة؛ فإن المرء يقدم نفسه في حياته فيما يحتاج إليه من: النفقة والكسوة والسكنى على أصحاب الديون، ما لم يتعلق حق الغير بعين ماله، فكذا بعد وفاته؛ فإنه يقدم تجهيزه ودفنه.

(بلا إسراف، ولا تقتير) وهو قدر كفن الكفاية، أو كفن السنة، أو قدر ما يلبسه في حياته من أوسط ثيابه، أو من الذي يتزين به في الأعياد والجُمَع والزيارات، على ما اختلفوا فيه.

وقال أبو يوسف: كفن المرأة على زوجها، خلافاً لمحمد.

قال الصدر الشهيد وقاضي خان: الفتوى على قول أبي يوسف.

ثُمَّ تُقضَى دُيُونُهُ، ثُمَّ تُنَفَّذُ وَصَايَاهُ مِن ثُلُثِ مَا بَقِيَ بعدَ الدَّينِ.

ثُمَّ يقسمُ الْبَاقِي بَينَ ورثِتِهِ.

وَيُسْتَحقُّ الْإِرْثُ: بِنسَبٍ، وَنِكَاحٍ وَوَلَاءٍ.

وَيُبدَأُ بأصحابِ الْفُرُوضِ، ثُمَّ بالعَصَباتِ النسبيَّةِ،........

(ثم تقضى ديونه) من جميع ماله الباقي بعد التجهيز والدفن؛ أي: ثم يبدأ بوفاء دَينه الذي له مُطالِب من جهة العباد، لا دَين الزكاة والكفارات ونحوها؛ لأن هذه الديون تسقط بالموت، فلا يلزم الورثة أداؤها، إلا إذا أوصى بها أو تبرعوا بها من عندهم.

(ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما بقي بعد الدين)؛ أي: ثم يبدأ بوصيته؛ أي: بتنفيذها من ثلث ما بقي بعد التجهيز والدين، وفي أكثر من الثلث.. لا يجوز إلا بإجازة الورثة على ما مر.

ثم هذا ليس بتقديم على الورثة في المعنى، بل تشريك لهم؛ حتى إذا سلم له شيء.. سلم للورثة ضعفه أو أكثر.

(ثم يقسم الباقي بين ورثته)؛ أي: الذين ثبت إرثهم بالكتاب والسنة وإجماع الأمة.

(ويستحق الإرث: بنسب، ونكاح، وولاء)؛ كما سيأتي مفصلاً.

(ويبدأ بأصحاب الفروض)؛ أي: كل صاحب سهم مقدر في الكتاب أو في السنة أو الإجماع؛ كما ذكره السرخسي، وتقديمهم على العصبة؛ لقوله ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقته.. فلأولى رجل ذَكَرٍ».

(ثم) يبدأ (بالعصبات النسبية)؛ فإن العصوبة النسبية أقوى من السببية.

يرشدك إلى ذلك: أن أصحاب الفروض النسبية: يرد عليهم دون أصحاب الفروض السببية؛ أعني الزوجين.

ثُمَّ بالمعتِقِ، ثُمَّ عصبتِهِ، ثُمَّ الردِّ ثُمَّ ذَوي الْأَرْحَامِ، ثُمَّ مولى الْمُوَالَاةِ، ثُمَّ الْمَقَرِّ لَهُ بِنَسَبٍ لم يَثبُتْ، ثُمَّ الْمُوصى لَهُ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ، ثُمَّ بَيتِ المَالِ.

(ثم) يبدأ (بالمعتِق) - بكسر التاء - مذكراً كان أو مؤنثاً؛ فإن من أعتق عبداً أو أمةً.. كان الولاء له، ويرثه، ويسمى ذلك: ولاء العتاقة والنعمة.

(ثم عصبته)؛ أي: يبدأ عند عدم مولى العتاقة بعصبته من الذكور.

وهذا قيد لا بد منه؛ لقوله ﷺ: «ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن»... الحديث.

(ثم الرد)؛ أي: يبدأ بعد العصبات السببية بالرد على ذوي الفروض النسبية؛ لبقاء قرابتهم بعد أخذ فرائضهم دون ذوي الفروض السببية.

(ثم ذوي الأرحام)؛ أي: يبدأ عند عدم الرد؛ لانتفاء ذوي الفروض النسبية بذوي الأرحام، وهم الذين لهم قرابة وليسوا بعصبة، ولا ذوي سهم.

(ثم مولى الموالاة)؛ أي: عند عدم هؤلاء المذكورين.. يبدأ في جميع الميراث بمولى الموالاة إن لم يوجد أحد الزوجين، وإن وجد.. يبدأ به أيضاً، لكن في الباقي من فرضه، وتفصيل حال مولى الموالاة قد مر في موضعه.

(ثم المقر له بنسب) على الغير (لم يثبت) نسبه بإقراره من ذلك الغير إذا مات المقر على إقراره؛ يعني: أن هذا المقر له مؤخر في الإرث عن مولى الموالاة، ومقدم على الموصى له بجميع المال، وفصله السيد في شرح الفرائض.. فليطالع.

(ثم الموصى له بأكثر من الثلث)؛ أي: إذا عدم من تقدم ذكره.. يبدأ بمن أوصى له بجميع المال، فيكمل له وصيته؛ لأن منعه عما زاد على الثلث لأجل الورثة؛ فإذا لم يوجد أحد منهم.. فله عندنا ما عين له كاملاً، وإنما أخر عن المقر له: بناءً على أن له نوع قرابة، بخلاف الموصى له.

(ثم بيت المال)؛ أي: إذا لم يوجد أحد من المذكورين.. توضع التركة في بيت المال على أنها مال ضائع، فصار فيئاً لجميع المسلمين، فيوضع هناك، وليس ذلك بطريق الإرث.

وَيَمْنَعُ الْإِرْثَ: الرِّقُّ وَالْقَتْلُ - كَمَا مرَّ - وَاخْتِلَافُ المِلَّتَينِ، وَاخْتِلَافُ الدَّارَيْنِ حَقِيقَةً أَو حكماً

وَالْمُجْمَعُ على توريثهم من الرِّجَالِ عشرَةٌ؛ الْأَبُ وَأَبوهُ، وَالِابْن وَابْنه، وَالْأَخُ وَابْنُهُ، وَالْعمُّ وَابْنُهُ، وَالزَّوْجُ، ومولى النِّعْمَةِ.

وَمِنَ النِّسَاءِ سبعٌ: الْأُمُّ، وَالْجدَّةُ، وَالْبِنْتُ، وَبنتُ الابْنِ، وَالْأُخْتُ، وَالزَّوْجَةُ، ومولاةُ النِّعْمَةِ.

وعند الشافعية: أن بيت المال منتظماً يقدم على ذوي الأرحام والرد، ولا ميراث عندهم أصلاً لمولى الموالاة، ولا للمقر له بالنسب على الغير، ولا للموصى له بجميع المال.

(ويمنع الإرث):

١-(الرقُّ)؛ وافراً كان أو ناقصاً؛ لأن جميع ما في يده من المال.. فهو لمولاه، فلو ورثناه عن أقربائه.. لوقع الملك لسيده، فيكون توريثاً للأجنبي بلا سبب، وإنه باطل إجماعاً.

٢-(والقتل كما مر) تفصيله في الجنايات.

٣-(واختلاف الملتين)، فلا يرث الكافر من المسلم إجماعاً، ولا المسلم من الكافر على قول علي وزيد وعامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم.

وإليه ذهب علماؤنا والشافعي كما مر تفصيله.

٤-(واختلاف الدارين حقيقةً)؛ كالحربي والذمي (أو حكماً)؛ كالمستأمن والذمي أو الحربيين من دارين مختلفين كما مر ذكره، فلا حاجة إلى التكرار.

(والمجمع على توريثهم من الرجال عشرة: الأب، وأبوه)؛ أي: أب الأب، (والابن، وابنه، والأخ، وابنه، والعم، وابنه، والزوج، ومولى النعمة)؛ أي: مولى العتاقة.

(ومن النساء سبع: الأم، والجدة)؛ أي: أم الأم، (والبنت، وبنت الابن، والأخت، والزوجة، ومولاة النعمة)؛ أي: مولاة العتاقة.

وهم ذَوُو فرضٍ وعصبةٍ.

فذو الْفَرْض: من لَهُ سهمٌ مقدّرٌ.

والسِّهامُ الْمقدَّرَةُ فِي كتابِ اللهِ تَعَالَى سِتَّةٌ: النّصْفُ، وَالرّبعُ، وَالثمنُ، وَالثُّلُثَانِ، وَالثلثُ، ....

(وهم)؛ أي: الوارثون المجمع على توريثهم قسمان: (ذوو فرض، وعصبة)؛ أي: المورث.

(فذو الفرض: من له سهم مقدر).

(والسهام المقدرة في كتاب الله تعالى ستة) :

١-(النصف)، وقد ذكر في كتاب الله تعالى في ثلاثة مواضع:

فقال:﴿ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً ﴾؛ أي: البنت ﴿فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ﴾.

وقال: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾.

وقال: ﴿وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾.

٢-(والربع)، وقد ذكر في موضعين؛ حيث قال:﴿فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ﴾، وقال:﴿ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ ﴾.

٣- (والثمن)، وقد ذكر في موضع؛ حيث قال: ﴿فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ﴾.

٤- (والثلثان)، وقد ذكر في موضعين:

قال: في حق البنات: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾.

وفي حق الأخوات: ﴿فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ ﴾.

٥- (والثلث)، وقد ذكر في موضعين؛ حيث قال:﴿فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾، وقال: ﴿فَإِن كَانُوٓاْ ﴾؛ أي: أولاد الأم أكثر من ذلك ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ﴾.

وَالسُّدُسُ.

فالنصف: لِلْبِنْتِ، وَبِنتِ الابْنِ عِنْدَ عدمِهَا، وَلِلْأُخْتِ لِأَبَوَيْنِ، وَلِلْأُخْتِ لِأَبٍ عِنْدَ عدمهَا إِذا انفردنَ.

وَلِلزَّوْجِ عِنْدَ عدمِ الْوَلَدِ وَولدِ الابْنِ.

وَالرّبعُ: لَهُ عِنْدَ وجودِ أَحدِهمَا،...............................

٦- (والسدس)، وقد ذكر في ثلاثة مواضع؛ حيث قال: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾.

وقال: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾.

وقال: في حق ولد الأم: ﴿وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾.

ثم شرع في التفصيل، فقال:

[بيان من يستحق النصف]:

(**فالنصف: للبنت، وبنت الابن عند عدمها**)؛ أي: عدم البنت؛ لأن بنت الابن قامت مقامها إذا عدمت البنت.

(و) النصف (**للأخت لأبوين، وللأخت لأب عند عدمها**)؛ أي: عدم الأخت لأبوين (**إذا انفردن**) عن إخوتهن، وأما إذا اختلطن بهم.. تصير عصبات بهم، ويكون للذكر حظ الأنثيين كما سيأتي.

(و) النصف (**للزوج عند عدم الولد وولد الابن**)، وقيد بولد الابن ليخرج ولد البنت؛ فإن الحكم لا يكون كذلك، بل يكون لها الربع معه.

[بيان من يستحق الربع]:

(**والربع له**)؛ أي: للزوج (**عند وجود أحدهما**)، وإن سفل؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ﴾ فيستحق كل زوج: إما النصف وإما الربع مما تركته امرأته.

وللزوجةِ وَإِن تعدَّدت عِنْدَ عدمِهما.

وَالثمنُ: لَهَا كَذَلِكَ عِنْدَ وجودِ أَحدِهمَا.

وَالثُّلُثَانِ لكلِّ اثْنَيْنِ فَصَاعِداً مِمَّن فرضُهنَّ النّصْفُ.

وَالثلثُ: للْأُمِّ عِنْدَ عدمِ الْوَلَدِ وَولدِ الابْنِ، والاثنينِ مِنَ الْإِخوةِ وَالْأَخَوَاتِ،

(وللزوجة) الربع (وإن) وصلية (تعددت عند عدمهما)؛ أي: الولد أو ولد الابن؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكۡتُمۡ إِن لَّمۡ يَكُن لَّكُمۡ وَلَدٞ﴾.

[بيان من يستحق الثمن]:

(والثمن لها)؛ أي: للزوجة.

(كذلك عند وجود أحدهما)؛ أي: الولد أو ولد الابن وإن سفل؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَكُمۡ وَلَدٞ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكۡتُم﴾، وإن كن أكثر من واحدة.. اشتركن فيه لوجهين:

أحدهما: أن يلزم الإجحاف ببقية الورثة؛ لأنه لو أعطى كل واحدة منهن.. يأخذن الكل إذا ترك أربع زوجات بلا ولد، والنصف مع الولد.

والثاني: أن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد بالفرد؛ كقوله: ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم، فيكون لواحدة الربع أو الثمن عند انفرادها بالنص، وإذا كثرت.. وقعت المزاحمة بينهن، فيصرف إليهن جميعاً على السواء؛ لعدم الأولوية، ولفظ الولد: يتناول ولد الابن، فيكون مثله بالنص أو بالإجماع، فتصير له حالتان.

[بيان من يستحق الثلثين]:

(والثلثان: لكل اثنين فصاعداً ممن فرضهن النصف)، وهن: البنات والأخوات؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءٗ فَوۡقَ ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾.

[بيان من يستحق الثلث]:

(والثلث للأم عند عدم الولد وولد الابن و) عدم (الاثنين من الإخوة والأخوات)، ولها مع هؤلاء السدس.

وَلها ثلثُ مَا يَبْقى بعدَ فرضِ أحدِ الزَّوْجَيْنِ فِي: زوجٍ وأبوينِ، أَو زَوْجَةٍ وأبوينِ.

وَلَو كَانَ مَكَانَ الْأَبِ فيهمَا جدٌّ.. فلهَا ثلثُ الْجَمِيعِ، خلافاً لأبي يُوسُفَ.

وللاثنينِ فَصَاعِداً مِنْ ولدِ الْأُمِّ، يُقسَم لذكرِهم وأُنثاهم بِالسَّوِيَّةِ.

ولفظ الجمع في الإخوة في قوله: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ﴾: يطلق على الاثنين، فيحجب الأم لهما من الثلث إلى السدس من أي جهة كانا أو من جهتين؛ لأن لفظ الإخوة: يطلق على الكل، وهذا قول جمهور الصحابة رضي الله تعالى عنهم.

وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه لم يحجب الأم من الثلث إلى السدس إلا بثلاثة منهم؛ عملاً بظاهر الآية.

(ولها)؛ أي: للأم (ثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين)، فيكون لها السدس مع الزوج والأب، والربع مع الزوجة والأب؛ لأنه هو الثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين، فصار للأم ثلاثة أحوال: ثلث الكل، وثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين، والسدس.

وابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا يرى ثلث الباقي، بل يورثها ثلث الكل، والباقي للأب، وخالف فيه جمهور الصحابة رضي الله تعالى عنهم.

(ولو كان مكان الأب فيهما جد.. فلها)؛ أي: للأم (ثلث الجميع) عند الطرفين، فلا يبالي بتفضيلها عليه لكونها أقرب منه.

(خلافاً لأبي يوسف)؛ فإن لها مع الجد أيضاً ثلث الباقي عنده كما في الأب، فعلى هذه الرواية.. جعل الجد كالأب، فيعصب الأم كما يعصبها الأب.

(و) الثلث (للاثنين فصاعداً من ولد الأم: يقسم) الثلث (لذكرهم وأنثاهم بالسوية)؛ يعني: الأنثى منهم تأخذ مثل ما يأخذ الذكر منهم بلا تفضيل الذكر منهم على الأنثى؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ﴾، والشركة تقتضي المساواة.

وَالسُّدُسُ: لِلْوَاحِدِ مِنْهُم؛ ذكراً أَو أُنْثَى، وَلِلْأُمِّ عِنْدَ وجودِ الْوَلَدِ أَو ولدِ الابْنِ أَو الِاثْنَيْنِ مِنَ الْإِخوةِ وَالْأَخَوَاتِ، وَلِلْأَبِ مَعَ الْوَلَدِ أَو ولدِ الابْنِ.

وَكَذَا السُّدسُ لِلْجدّ الصَّحِيحِ عِنْدَ عَدمهِ، وَهُوَ: مَن لَا يدْخلُ فِي نسبتِهِ إِلَى الْمَيِّتِ أُمٌّ؛ فَإِن دخلت.. فجدٌّ فَاسدٌ.

[بيان من يستحق السدس]:

(والسدس للواحد منهم)؛ أي: من أولاد الأم (ذكراً أو أنثى)؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ والمراد به: أولاد الأم، ولهذا قرأ بعضهم: «وله أخٌ أو أختٌ لأم».

(و) السدس (للأم عند وجود الولد أو ولد الابن أو) وجود (الاثنين من الإخوة والأخوات) كما سبق.

(و) السدس (للأب مع الولد أو ولد الابن)؛ فإن كان مع الأب ابن.. فله فرضه؛ أعني: السدس، والباقي للابن، وإن كان معه بنت.. فله السدس أيضاً؛ لأن اسم الولد يتناول: الابن والبنت، وللبنت النصف بالفرض، وما بقي للأب أيضاً؛ لأنه أولى رجل ذكر من العصبات عند عدم الابن، وولد الابن: ولدٌ شرعاً بالإجماع، قال الله تعالى: ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾، وليس دخول ولد الابن في الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز، بل هو من باب عموم المجاز، أو: عُرف كون حكم ولد الابن كحكم الولد.. بدليل آخر، وهو: الإجماع.

(وكذا: السدس للجد الصحيح عند عدمه)؛ أي: عدم الأب؛ لأن الجد الصحيح كالأب، إلا في أربع مسائل مشهورة.

ثم عرفه فقال: (وهو)؛ أي: الجد الصحيح: (من لا يدخل في نسبته إلى الميت: أمٌّ) كأب الأب؛ (فإن دخلت) في نسبته إلى الميت أم (..فجد فاسد)، فلا يرث إلا على أنه من ذوي الأرحام؛ لأن تخلل الأم في النسبة: يقطع النسب؛ إذ النسب إلى الآباء؛ لأن النسب للتعريف والشهرة، وذلك بالمشهور، وهو الذكور دون الإناث.

وللجدَّةِ الصَّحِيحَةِ وَإِن تعدّدت، وَهِيَ: مَن لَا يدْخلُ فِي نسبتِها إِلَى الْمَيّتِ جدٌّ فَاسدٌ.

ولبنتِ الابْنِ وَإِن تعددت مَعَ الْوَاحِدَةِ مِن بَنَاتِ الصُّلبِ.

وَللْأُخْتِ لأَبٍ كَذَلِكَ مَعَ الْأُخْتِ الْوَاحِدَةِ لِلْأَبَوَيْنِ.

(و) السدس (**للجدة الصحيحة وإن**) وصلية (**تعددت**)؛ كأم الأم مع الأب، فيشتركن في السدس إذا كن ثابتات متحاذيات في الدرجة؛ لقوله ﷺ: «أطعموا الجدة السدس»، وأبو بكر رضي الله تعالى عنه أشرك بين الجدتين في السدس، وكان ذلك بمحضر الصحابة، ولم ينكر عليه أحد.. فكان إجماعاً.

ثم عرّفها فقال: (**وهي**)؛ أي: الجدة الصحيحة: (**من لا يدخل في نسبتها إلى الميت: جد فاسد**).

هي: من يتخلل في نسبتها إلى الميت ذكر بين أنثيين.

(و) السدس (**لبنت الابن وإن**) وصلية (**تعددت مع الواحدة من بنات الصلب**) تكملةً للثلثين؛ لأن حق البنات: الثلثان، وقد أخذت الواحدة النصف لقوة القرابة، فبقي السدس من البنات، فيأخذه بنات الابن؛ واحدةً أو متعددةً، وما بقي من التركة.. فلأَولى عصبةٍ، فبنات الابن من ذوات الفروض مع الواحدة من الصلبيات.

هذا إذا لم يكن في درجتهن ابن ابن، وأما إذا كان معهن ابن ابن.. يكنّ عصبةً معه، ولا يرثن السدس كما سيأتي.

(**وللأخت لأب.. كذلك**)؛ أي: لها السدس، وإن تعددت (**مع الأخت الواحدة للأبوين**)؛ لأن حق الأخوات: الثلثان، وقد أخذت الواحدة للأبوين النصف، فبقي منه سدس، فيعطى للأخوات لأب تكملةً للثلثين، ولا يرثن مع الأختين لأب وأم، إلا أن يكون معهن أخ لأب فيعصبهن كما سيأتي.

* * *

(فَصْلٌ)

والعَصَبَةُ بِنَفسِهِ: ذكرٌ لَيْسَ فِي نسبتِهِ إِلَى الْمَيِّتِ أُنْثَى، وَهُوَ يَأْخُذُ مَا أَبقتْهُ الْفَرَائِضُ. وَعندَ الانفرادِ: يحرزُ جَمِيع المَالِ.

وأَقربُهم: جُزْءُ الْمَيِّتِ، وَهُوَ: الابْنُ وَابْنُهُ وَإِن سَفَلَ.

(فَصْلٌ فِي العَصَبَاتِ)

العَصَبَةُ النسبية ثلاثة: عَصَبَةٌ بنفسه، وَعَصَبَةٌ بغيره، وَعَصَبَةٌ مع غيره.

(والعصبة بنفسه: ذكَر) - فإن الأنثى لا تكون عصبةً بنفسها، بل لغيرها أو مع غيرها - **(ليس في نسبته إلى الميت أنثى)**.

فإن قلت: «الأخ لأب وأم: عصبة بنفسه، مع أن الأم داخلة في نسبته إلى الميت».

قلت: قرابة الأب: أصل في استحقاق العصوبة؛ فإنها إذا انفردت.. كفت في إثبات العصوبة، بخلاف قرابة الأم؛ فإنها لا تصلح بانفرادها علةً لإثباتها، فهي ملغاة في إثبات العصوبة، لكنا جعلناها بمنزلة وصف زائد، فرجحنا بها الأخ لأب وأم على الأخ لأب.

(وهو: يأخذ ما أبقته الفرائض، وعند الانفراد)؛ أي: انفراده عن غيره في الوراثة (..**يحرز جميع المال**) بجهة واحدة.

وفي «التبيين»: هذا رسم، وليس بحد؛ لأنه لا يفيد إلا على تقدير أن يعرف الورثة كلهم، ولكن لا يعرف من هو العصبة منهم، فيكون تعريفاً بالحكم، والمقصود: معرفة العصبة حتى يعطى ما ذكر، ولا يتصور ذلك إلا بعد معرفته.

(وأقربهم)؛ أي: أقرب العصبات: **(جزء الميت، وهو: الابن وابنه وإن) وصلية (سفل)**؛ لدخولهم في اسم الولد، وغيرهم محجوبون بهم؛ لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ إلى أن قال سبحانه: ﴿وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا

ثُمَّ أَصلُهُ، وَهُوَ: الْأَبُ وَالْجدُّ الصَّحِيحُ، وَإِن علا.

ثُمَّ جُزْء أَبِيهِ وهم: الْإخوةُ لِأَبَوَيْنِ أَو الْأَبِ، ثمَّ بنوهم وَإِن سَفَلوا.

﴿ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾، فجَعل الأبَ: صاحبَ فرض مع الولد، ولم يجعل للولد الذكر سهماً مقدراً، فتعين الباقي له، فدل أن الولد الذكر: مقدم عليه بالعصوبة.

وابن الابن: ابن؛ لأنه يقوم مقامه، فيقدم عليه أيضاً.

ومن حيث المعقول: أن الإنسان يؤثر ولد ولده على ولده، ويختار صرف ماله، ولأجله يدخر ماله عادةً؛ على ما قال ﷺ: « الولد مبخلة مجبنة »، وقضية ذلك: أن لا تجاوز بكسبه محل اختياره، إلا أنا صرفنا مقدار الفرض إلى أصحاب الفروض بالنص، فبقي الباقي على قضية الدليل، وكان ينبغي أن تقدم البنت أيضاً عليه وعلى كل عصبة، إلا أن الشارع أبطل اختياره بتعيين الفرض لها، وجعل الباقي لأَولى رجل.

(ثم أصله، وهو: الأب والجد الصحيح)؛ أي: أب الأب (وإن) وصلية (علا)، وأولاهم به: الأب؛ لأن الله تعالى شرط لإرث الإخوة: الكلالة - وهو الذي لا ولد له، ولا والد - على ما بيناه، فعلم بذلك: أنهم لا يرثون مع الأب ضرورةً، وعليه إجماع الأمة؛ فإذا كان ذلك مع الإخوة وهو أقرب الناس إليه بعد فروعه وأصوله.. فما ظنك مع من هو أبعد منهم كالأعمام وغيرهم، والجد يقوم مقامه في الولاية عند عدم الأب، ويقدم على الإخوة فيه، فكذا في الميراث، وهو قول أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه، وبه أخذ الإمام.

(ثم جزء أبيه، وهم: الإخوة لأبوين أو) الإخوة (لأب، ثم بنوهم وإن) وصلية (سفلوا)، وإنما قدموا على الأعمام؛ لأن الله تعالى جعل الإرث في الكلالة للإخوة عند عدم الولد والوالد، فعلم بذلك: أنهم يقدمون على الأعمام، وإنما قدم الأخ لأب وأم؛ لأنه أقوى؛ لاتصاله من الجانبين.

ثُمَّ جُزْءُ جدِّهِ، وهمُ الْأَعْمَامُ لِأَبَوَيْنِ أَو لأَبٍ، ثمّ بنوهُم وَإِن سفلوا.

ثُمَّ جُزْءُ جدِّ أَبِيهِ كَذَلِك.

والعصبةُ بِغَيْرِهِ: مَن فَرْضُهُ النّصْفُ وَالثُّلُثَانِ.. يَصِرْنَ عصبَةً بِإِخوتِهِنَّ، وَيُقسَمُ للذّكرِ مثلُ حَظِّ الأُنثيينِ.

وَمن لَا فرضَ لَهَا وأَخوها عصبَةٌ.. لَا تصيرُ عصبَةً بِهِ، كالعمَّةِ............

(ثم جزء جده وهم الأعمام لأبوين أو لأب، ثم بنوهم وإن) وصلية (سفلوا، ثم جزء جد أبيه كذلك)؛ أي: أولاهم بالميراث بعد الإخوة: أعمام الميت؛ لأنهم جزء الجد فكانوا أقرب.

ثم أعمام الأب؛ لكونهم أقرب بعد ذلك؛ لأنهم جزء الجد.

ثم أعمام الجد؛ لأنهم أقرب بعدهم.

ويقدم العم لأب وأم على العم لأب.

ثم العم لأب على ولد العم لأب وأم.

(والعصبة بغيره: مَن فرضُه النصف والثلثان)، وهم أربع من النساء (يصرن عصبةً بإخوتهن، ويقسم للذكر مثل حظ الأنثيين):

فالبنات: بالابن.

وبنات الابن: بابن الابن؛ لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾.

والأخوات لأب وأم: بأخيهن.

والأخوات لأب: بأخيهن؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾.

(ومن لا فرض لها) من الإناث (وأخوها عصبة.. لا تصير عصبةً به)؛ أي: بأخيها (كالعمة)، لا تصير عصبةً بالعم الذي هو أخوها، فالمال كله للعم دون العمة،

وَبنتِ الْأَخِ.

والعصبةُ مَعَ غَيرِهِ: الْأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ أَو لأَبٍ مَعَ الْبَنَاتِ وَبَنَاتِ الابْنِ.

وَذُو الْأَبَوَيْنِ منَ الْعَصَبَاتِ مقدَّمٌ على ذِي الْأَبِ، حَتَّى إِنَّ الْأُخْتَ لِأَبَوَيْنِ مَعَ الْبِنْتِ تحجبُ الْأَخَ لأَبٍ.

وبنت العم لا تصير عصبةً بابن العم، فالمال كله لابن العم دون بنت العم.

(وبنت الأخ) لا تصير عصبةً بأخيها، فالمال كله لابن الأخ؛ لأن النص الوارد في صيرورة الإناث بالذكور عصبةً، إنما هو في موضعين؛ البنات بالبنين، والأخوات بالإخوة، والإناث في كل منهما: ذوات فروض، فمن لا فرض له من الإناث.. لا يتناوله النص.

(والعصبة مع غيره: الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات وبنات الابن) والأَولى أن يقول: «أو» بدل الواو. تدبر.

لقوله ﷺ: «اجعلوا الأخوات مع البنات عصبةً»، وإنما سُمِّين عصبةً مع غيره ومع إخوتهن عصبةً بغيره؛ لأن ذلك الغير - وهو البنات - شرط بصيرورتهن، ولم يجعلهن عصبةً بهن؛ لأن أنفسهن ليست بعصبة، فكيف يجعلن غيرهن عصبةً بهن.

بخلاف ما إذا كن عصبةً بإخوتهن؛ لأن الإخوة بنفسهم عصبة فيصرن بهم عصبةً تبعاً.

(وذو الأبوين من العصبات: مقدم على ذي الأب) الواحد؛ لأن ذا القرابتين من العصبات أولى من ذي قرابة واحدة مع تساويهما في الدرجة؛ ذكراً كان ذو القرابتين أو أنثى؛ لقوله ﷺ: «إن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات»، والمقصود من ذكر الأم ههنا: إظهار ما يرجح به بنو الأعيان على بني العلات.

(حتى إن الأخت لأبوين مع البنت)؛ سواء كانت صلبيةً أو بنت ابن، وسواء كانت واحدةً أو أكثر (تحجب الأخ لأب)، خلافاً لابن عباس رضي الله تعالى عنهما؛ فإن الأخت لا تصير عصبةً مع البنات عنده.

وعصبةُ ولدِ الزِّنَا وَولدِ الْمُلَاعنَةِ: مولى أُمِّهِ.

وَالْأَبُ مَعَ الْبِنْتِ صَاحبُ فرضٍ وعصبةٌ.

وَآخرُ الْعَصَبَاتِ: مولى الْعتَاقَةِ، ثمَّ عصبتُهُ على التَّرْتِيبِ الْمَذْكُورِ.

فَمن ترك أَب مَوْلَاهُ وَابْنَ مَوْلَاهُ..................................

(وعصبة ولد الزنا وولد الملاعنة: مولى أمه)؛ لأنه لا أب له، والنبي ﷺ ألحق ولد الملاعنة بأمه، فصار كشخص لا قرابة له من جهة الأب، فيرثه قرابة أمه ويرثهم؛ فلو ترك أماً وبنتاً والملاعن.. فللبنت النصف، وللأم السدس، والباقي يرد عليهما؛ كأنه لم يكن له أب.

وكذا لو كان معهما زوج أو زوجة.. أخذ فرضه، والباقي بينهما فرضاً ورداً.

ولو ترك أمه وأخاه لأمه وابن الملاعن.. فلأمه الثلث، ولأخيه لأمه السدس، والباقي رد عليهما، ولا شيء لابن الملاعن؛ لأنه لا أخ له من جهة الأب.

ولو مات ولد ابن الملاعنة.. ورثه قوم أبيه - وهم الإخوة - ولا يرثونه قوم جده وهم الأعمام وأولادهم، وبهذا تعرف بقية مسائله.

وهكذا ولد الزنا، إلا أنهما يفترقان في مسألة واحدة، وهو: أن ولد الزنا يرث من توأمه ميراث أخ لأم، وولد الملاعنة يرث التوأم ميراث أخ لأب وأم؛ كما في «الاختيار».

(والأب مع البنت: صاحب فرض وعصبة) كما مر ذكره.

(وآخر العصبات: مولى العتاقة)؛ لقوله ﷺ: «الولاء لُحمة كلُحمة النسب»، ولأنه أحياه معنى بالإعتاق، فأشبه الولادة.

(ثم عصبته)؛ أي: عصبة مولى العتاقة، (على الترتيب المذكور) بأن يكون جزء المولى أولى وإن سفل، ثم أصوله، ثم جزء أبيه، ثم جزء جده يقدمون بقوة القرابة عند الاستواء، وبعلو الدرجة عند التفاوت.

(فمن ترك أب) الأَولى: بالألف؛ لأنه في موضع النصب (مولاه، وابن مولاه..

فَمَالُهُ كُلُّهُ لِابْنِ مَوْلَاهُ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: للْأَبِ السُّدس، وَالْبَاقِي للِابْنِ.

وَلَو كَانَ مَكَانَ الْأَبِ جدٌّ.. فكلُّهُ للِابْنِ اتِّفَاقًا.

وَلَو تركَ جدَّ مَوْلَاهُ وأخاهُ.. فالجدُّ أَولى.

وَعِنْدَهُمَا: يستويان.

والعصبةُ إِنَّمَا يَأْخُذُ مَا فضلَ عَن ذَوي الْفُرُوضِ؛.........................

فماله كله لابن مولاه)؛ لما أن الابن وابن الابن، وإن سفل: مقدم على الأب، وهذا عند الطرفين.

(وعند أبي يوسف: للأب السدس، والباقي للابن)، هذا قوله الآخر، وهو إحدى الروايتين عند ابن مسعود، وبه قال شريح والنخعي، وقولهما هو اختيار سعيد بن المسيب، ومذهب الشافعي، والقول الأول لأبي يوسف.

(ولو كان مكان الأب جد.. فكله للابن اتفاقاً)، وذلك؛ لأن الأب كالابن في العصوبة بحسب الظاهر؛ لأن اتصال كل منهما بالميت بلا واسطة، وكون الابن أقرب: يحتاج إلى ما مر من أن زيادة قربه أمر حكمي، فوقع الخلاف هناك، بخلاف الجد؛ فإن اتصاله بواسطة الأب، فيكون الأب أقرب من الجد، ويكون الابن أقرب منه بلا اشتباه، فلا يزاحمه الجد في الولاء.

أما ابن الابن مع الجد.. فالأظهر: أن يرث ابن الابن عند أبي يوسف أيضاً؛ لأنه أشبهُ بالابن من الجد بالأب؛ كما في الفتاوى.

(ولو ترك جدَّ مولاه وأخاه)؛أي: أخا مولاه (..فالجد أولى)، ويكون الولاء كله للجد عند الإمام؛ لأنه أقرب للميت في العصوبة من الأخ على مذهبه.

(وعندهما: يستويان)، فيكون الولاء بينهما نصفين.

(والعصبة إنما يأخذ ما فضل عن ذوي الفروض) كما مر.

فَلَو تركَت زوجاً وإخوةً لأُمٍّ وإِخوةً لِأَبَوَيْنِ وَأماً.. فالنصفُ للزَّوْجِ، وَالسُّدُسُ للْأُمِّ، وَالثلثُ للإِخوةِ لأُمٍ، وَلَا يشاركهم الْإِخْوَةُ لِأَبَوَيْنِ، وَتسَمى: الْمُشْتَرَكَةَ والحِماريَّةَ.

(فلو تركت زوجاً وإخوةً لأم، وإخوةً لأبوين، وأُمّاً.. فالنصف للزوج، والسدس للأم، والثلث للإخوة لأم، ولا يشاركهم الإخوة لأبوين)؛ لأن المسألة من ستة؛ نصفه وهو ثلاثة: للزوج، وثلثه وهو اثنان: للإخوة لأم، وسدسه وهو واحد: للأم، وما فضل عن فرض ذوي الفروض شيء حتى يعطى للإخوة لأبوين وهم عصبة، وبه قال أبو بكر الصديق رضي الله تعالى عنه وأخذ به علماؤنا.

وقال عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه: تشترك الأولاد لأب وأم مع الأولاد لأم، وبه أخذ مالك والشافعي.

وكان عمر رضي الله تعالى عنه يقول أولاً مثل ما قال الصديق رضي الله تعالى عنه، ثم رجع عنه إلى قول عثمان رضي الله تعالى عنه، وسبب رجوعه: أنه سئل عن هذه المسألة، فأجاب كما هو مذهبه، فقام واحد من الأولاد لأب وأم وقال: يا أمير المؤمنين، ولئن سُلِّم أن أبانا كان حماراً.. ألسنا من أم واحدة؟

فأطرق رأسه ملياً وقال: صدق؛ لأنه بنو أم واحدة، فشركهم في الثلث، فلهذا سميت المسألة: حماريةً، ومشتركةً، وعثمانيةً.

وعن هذا قال: (وتسمى المشتركة والحمارية).

* * *

(فَصْلٌ)

حجبُ الحرمانِ مُنْتَفٍ فِي حقِّ سِتَّةٍ: الابْنُ، وَالْأَبُ، وَالْبِنْتُ، وَالأُمُّ وَالزَّوْجُ، وَالزَّوْجَةُ.

وَمَن عداهُم: يُحْجَبُ الْأَبْعَدُ بالأَقربِ، ذُو الْقَرَابَةِ بِذِي القرابتَينِ.

وَمَن يُدْلِي بشخصٍ.. لَا يَرثُ مَعَه إِلا أَوْلَادُ الْأُمِّ؛ حَيْثُ يُدلونَ بهَا، ويرثونَ مَعهَا.

فَصْلٌ
[في الحَجْبِ]

وهو في اللغة: المنع.

وفي اصطلاح أهل هذا العلم: منع شخص معين عن ميراثه:

إما كله، ويسمى: حَجْبٌ الحرمان.

أو بعضه، ويسمى: حَجْبُ النُّقْصَان بوجود شخص آخر.

فشرع في تفصيل كل منهما فقال: (**حجب الحرمان منتف في حق ستة**) من الورثة: (**الابن، والأب، والبنت، والأم، والزوج، والزوجة**).

فإن قلت: قد يحجب هذا الفريق بالقتل والردة والرِّقِّيَّة.. فلا يصح أن حجب الحرمان منتف في هذا الفريق!

قلت: الكلام في الورثة، وهم على ذلك التقدير: ليسوا بورثة.

(**ومن عداهم: يحجب الأبعد بالأقرب،** و) يحجب (**ذو القرابة**) الواحدة (**بذي القرابتين، ومن يدلي بشخص.. لا يرث معه**)؛ أي: مع وجود ذلك الشخص؛ كابن الابن مثلاً، فإنه لا يرث مع الابن، (**إلا أولاد الأم؛ حيث يدلون**)؛ أي: ينسبون إلى الميت (**بها**)؛ أي: بالأم.

(و) لكن (**يرثون معها**)؛ أي: مع الأم، قال الفاضل الشريف: وتحقيق هذا

وتحجَبُ الْأُخوةُ بالابنِ وَابْنِهِ وَإِن سَفَلَ، وبالأبِ وَالْجدِّ.
ويُحجَبُ أَوْلَادُ العلَّاتِ بالأَخِ لِأَبَوَيْنِ أَيْضاً.

الأصل: أن الشخص المدلى به:

إن استحق جميع التركة.. لم يرث المدلي مع وجوده؛ سواء اتحدا في سبب الإرث كما في الأب والجد، والابن وابنه، أو لم يتحدا؛ كما في الأب والإخوة والأخوات؛ فإن المدلى به لما أحرز جميع المال.. لم يبق للمدلي شيء أصلاً.

وإن لم يستحق المدلى به الجميع:

- فإن اتحدا في السبب.. كان الأمر كذلك؛ كما في الأم وأم الأم؛ لأن المدلى به لما أخذ نصيبه بذلك السبب.. لم يبق للمدلي من النصيب الذي يستحق بذلك السبب شيء، وليس له نصيب آخر، فصار محروماً.

- وإن لم يتحدا في السبب؛ كما في الأم وأولادها.. فإن المدلى به حينئذ يأخذ نصيبه المستند إلى سببه، والمدلي يأخذ نصيباً آخر، مستنداً إلى سبب آخر.. فلا حرمان.

فإن قلت: أليست الأم تستحق جميع التركة إذا انفردت عن غيرها من أصحاب الفرائض والعصبات.

قلنا: ليس ذلك الاستحقاق من جهة واحدة؛ فإنها تستحق بعض التركة بالفرض، وبعضها بالرد، والمراد: استحقاق جميعها من جهة واحدة؛ كما في العصبة.

(**وتُحجَب الإخوة**) مطلقاً حجب الحرمان (**بالابن وابنه وإن**) وصلية (**سفل، وبالأب**)؛ لأنهم كلالة وتوريث الكلالة مشروط بعدم الولد والوالد؛ كما مر، (**والجد**) عند الإمام.

(**وتحجب أولاد العلات**) وهي الإخوة والأخوات لأب (**بالأخ لأبوين أيضاً**)؛ لأن ميراث الإخوة والأخوات لأب وأم: جارٍ مجرى ميراث الأولاد الصلبية، وأن

وَعِنْدَهُمَا: لَا يُحَجبُ الْأُخوةُ لِأَبَوَيْنِ أَو لأَبٍ بالجدِّ، بل يقاسمونَهُ، وَهُوَ كأَخٍ إِنْ لم تَنقُصْهُ الْمُقَاسَمَةُ عَنِ الثُّلُثِ عِنْدَ عدمِ ذِي الْفَرْضِ..................

ميراث الإخوة والأخوات لأب؛ كميراث أولاد الابن، ذكورهم كذكورهم، وإناثهم كإناثهم، فكما تحجب أولاد الابن بالابن.. كذلك تحجب الإخوة والأخوات لأب وأم.

(وعندهما: لا تحجب الإخوة لأبوين أو لأب بالجد، بل يقاسمونه، وهو)؛ أي: الجد: (كأخ إن لم تنقصه المقاسمة عن الثلث عند عدم ذي الفرض).

قال الفاضل الشريف: **إن الجد يشبه الأب في:**

- حجب أولاد الأم.
- وفي أنه إذا زوج الصغير أو الصغيرة.. لم يكن لهما خيار إذا بلغا.
- وفي أنه لا ولاية للأخ في النكاح مع قيام الجد في ظاهر الرواية كالأب.
- وفي أنه لا يقتل الجد بولد الولد.
- وفي أن حليلة كل واحد من الجانبين تحرم على الآخر.
- وفي عدم قبول الشهادة.
- وفي صحة استيلاد الجد مع عدم الأب.
- وفي أنه لا يجوز دفع الزكاة إليه.
- وفي أنه يتصرف في المال والنفس كالأب.

ويشبه الأخ في:

- أنه إذا كان للصغير جد وأم.. كانت النفقة عليهما أثلاثاً، على اعتبار الميراث؛ كما على الأخ والأم.
- وفي أنه لا يفرض النفقة على الجد المعسر؛ كالأخ.
- وفي عدم وجوب صدقة الفطر للصغير على الجد.

أَو عَنِ السُّدسِ عَندَ وجودِهِ...

- وفي أن الصغير لا يصير مسلماً بإسلام الجد.
- وفي أنه إذا أقر بنافلة وابنه حي.. لا يثبت النسب بمجرد إقراره.
- وفي أنه لا يجر ولاء نافلته إلى مواليه، **كل ذلك كما في الأخ.**

فلتعارض هذه الأحكام.. اختلفت العلماء من الصحابة والتابعين وغيرهم رضي الله تعالى عنهم في مسألة الجد مع الإخوة:

فجعل كالأب في: حجب الإخوة لأم.

وكالأخ في: قسمة الميراث، ما دامت المقاسمة خيراً له؛ فإذا لم تكن خيراً له.. أعطينا له ثلث المال؛ لأنه مع الأولاد: يرث السدس، ومع الإخوة: يضاعف ذلك.

وأيضاً: إذا قسم المال بين الأبوين.. فللأم: الثلث، وللأب: الثلثان وهما في الدرجة الأولى، ولما كان الجد والجدة في الدرجة الثانية، وكان للجدة السدس.. كان للجد ضعفه؛ أعني: الثلث.

فإذا كان مع الجد أخ واحد.. أخذ بالمقاسمة نصف المال، فهو خير له من الثلث.

وإذا كان معه أخوان.. فهما؛ أي: المقاسمة والثلث: متساويان.

وإذا كان معه ثلاثة إخوة.. فالثلث خير له؛ لأن نصيبه بالمقاسمة حينئذ ربع، هذا إذا لم يكن معه صاحب فرض.

(أو) إن لم تنقصه المقاسمة (عن السدس عند وجوده)؛ أي: وجود ذي الفرض؛ يعني: إذا كانت معه أختان لأب وأم.. يجعل الجد كأخ، ويكون المال بينه وبين الأختين، للذكر مثل حظ الأنثيين.

وكذا: إذا كانت معه ثلاث أخوات.

وإن كانت معه أربع أخوات.. فالمقاسمة والثلث سواء؛ لأنه إذا جعل كأخ.. يكون كأختين، ويكون عدد الأخوات: ستةً ويكون الاثنان من الستة له، والاثنان:

وَالْفَتْوَى على قَولِ الإِمَامِ.

وَإِذا اسْتكْملَ بَنَاتُ الصُّلبِ الثُّلُثَينِ.. سقطَ بَنَاتُ الابْنِ؛ إِلَّا أَن يكونَ بحذائِهِنَّ أَو أَسْفَلَ مِنْهُنَّ ابْنُ ابْنٍ فيُعَصِّبُ مَن بحذائِهِ وَمَن فَوْقَه مَن لَيست بِذَاتِ سهمٍ، وَيَسْقطُ مَن دُونَهُ.

ثلث الستة، وتكون المقاسمة والثلث مستويتين.

وإن كانت معه خمس أخوات.. يكون الثلث خيراً له؛ لأنه إن جعل كأخ.. يكون بمنزلة أختين، فيكون عدد الأخوات سبعاً، فتكون حصته ناقصةً عن السدس، فيكون الثلث خيراً له.

وباقي أحكام المقاسمة مذكور في كتب الفرائض وشروحها.. فليراجع.

(**والفتوى على قول الإمام**)، وهو: سقوط الإخوة والأخوات بالجد، لكن المختار في زماننا: أن يفتى بعد أخذ الجد السدس: بالمصالحة في الباقي بين الإخوة والأخوات وبينه.

(**وإذا استكمل بنات الصلب الثلثين.. سقط بنات الابن**)؛ لأن إرثهن كانت تكملةً للثلثين، وقد كمل بينهن، فيسقطن؛ إذ لا طريق لتوريثهن فرضاً وتعصيباً.

(**إلا أن يكون بحذائهن أو أسفل منهن ابن ابن، فيعصب من بحذائه ومن فوقه**).

لكن (**من ليست بذات سهم**)؛ فإنه لا يعصب ذات السهم كالبنات الصلبية مثلاً.

(**ويسقط من دونه**)، وإذا كانت يعصب ابن الابن من بحذائه ومن هو فوقه.. يكون الباقي بينهم؛ للذكر مثل حظ الأنثيين؛ سواء كان أخاً لهن أو لم يكن، وهذا مذهب علي وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهما، وبه أخذ عامة العلماء.

وروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أنه قال: يسقطن بنات الابن ببنتي الصلب، وإن كان معهن غلام، ولا يقاسمنه.

وإن كانت البنت الصلبية واحدةً وكان معهن غلام.. كان لبنات الابن أسوأ الحالين؛ من السدس والمقاسمة، وأيهما أقل.. أعطين.

وَإِذا اسْتكْملَ الْأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ الثُّلثَيْنِ.. سقطَ الْأَخَوَاتُ لأَبٍ، إِلاّ أَن يكون مَعَهُنَّ أَخٌ لأَبٍ.

والجدَّاتُ كلُّهنَّ يسقطنَ بِالْأُمِّ.

ثم الأصل في بنات الابن عند عدم بنات الصلب: أن أقربهن إلى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية، والتي تليها في القرب: منزلة بنات الابن، وهكذا، وإن سفلن.

مثاله: لو ترك ثلاث بنات ابن، بعضهن أسفل من بعض، وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض، وثلاث بنات ابن ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض.. فالعليا من الفريق الأول لا يوازيها أحد، فيكون لها النصف، والوسطى من الفريق الأول توازيها العليا من الفريق الثاني.. فيكون لهما السدس تكملةً للثلثين، ولا شيء للسفليات.

إلا أن يكون مع واحدة منهن غلام.. فيعصبها.

ومن بحذائها ومن فوقها من لم يكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الأول.. عصبها، وعصب الوسطى من الفريق الثاني، والعليا من الفريق الثالث، فسقطت السفليات.

ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق الثاني.. عصبها، وعصب الوسطى منه، والوسطى والعليا من الفريق الثالث، والسفلى من الفريق الأول.

ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث.. عصب الجميع، غير أصحاب الفرائض.

(**وإذا استكمل الأخوات لأبوين الثلثين.. سقط الأخوات لأب**)؛ لأن إرثهن كان تكملةً للثلثين، وقد كمل بأختين، فيسقطن.

(**إلا أن يكون معهن أخ لأب**) فيعصبهن كما في بنات الابن.

(**والجدات كلهن يسقطن بالأم**)؛ سواء كانت أبويات أو أميات.

والأَبويَّاتُ خَاصَّةً بِالْأَبِ أَيْضاً.

وَكَذَا بالجدِّ، إِلَّا أُمَّ الْأَبِ.

والقربى مِنْهُنَّ مِن أَيِّ جِهَةٍ كَانَت: تَحْجُبُ البعدى مِن أَيِّ جِهَةٍ كَانَت،..

(والأبويات خاصةً)؛ أي: دون الأميات (بالأب أيضاً)؛ أي: كما يسقطن بالأم، وهو قول عثمان وزيد بن ثابت وعلي وغيرهم.

ونقل عن عمر وابن مسعود وأبي موسى الأشعري رضي الله تعالى عنهم: أن أم الأب ترث مع الأب، واختاره شريح والحسن وابن سيرين؛ لأن إرث الجدات ليس باعتبار الإدلاء؛ لأن الإدلاء بالأنثى لا يوجب استحقاق شيء من فرضيتها، بل استحقاقهن الإرث باسم الجدة، ويتأدى في هذا الاسم: أم الأم، وأم الأب، وكما أن الأب لا يحجب الأولى.. لا يحجب الثانية أيضاً.

وهو مردود: بأن مجرد الاسم بدون القرابة لا يوجب الاستحقاق، والقرابة لا تثبت بدون اعتبار الإدلاء، فوجب الإدلاء، ألا ترى: أن الجدة الفاسدة لا ترث مع كونها جدةً؛ لعدم الإدلاء؟

(وكذا) تسقط الأبويات (بالجد، إلا أم الأب) وإن علت كأم أم الأب... وهكذا؛ فإنها ترث مع الجد؛ لأنها ليست من قبله.

(و) الجدة (القربى منهن)؛ أي: من الجدات (من أي جهة كانت)؛ أي: سواء كانت من قبل الأم، أو من قبل الأب (..تحجب) الجدة (البعدى من أي جهة كانت) البعدى، فيثبت الحجب ههنا في أقسام أربعة، وهذا مذهب علمائنا رحمهم الله تعالى، وإحدى الروايتين عن زيد بن ثابت.

وفي رواية أخرى عنه: أن القربى إن كانت من قبل الأب، والبعدى من قبل الأم.. فهما سواء، فيكون حينئذ حجب القربى في أقسام ثلاثة فقط من تلك الأربعة، وقد عمل بهذه الرواية مالك والشافعي في الأصح من أحد قوليه.

ودليل الطرفين: مبين في شروح الفرائض.. فليطالع.

وارثةً كَانَتِ الْقُرْبَى أَو محجوبةً؛ كَأُمِّ الْأَبِ مَعَه.. فإِنَّها تَحجُبُ أُمَّ أُمِّ الْأُمِّ.

وَإذا اجْتمعَ جدَّتان؛ إِحْدَاهمَا ذَاتُ قرَابَةٍ؛ كَـأُمِّ أُمِّ الْأَبِ، وَالْأُخْرَى ذَاتُ قرابتَينِ؛ كَأُمِّ أَبِ الْأَبِ وَهِيَ أَيْضاً أُمُّ أُمِّ الْأُمِّ.. فثلثُ السُّدسِ لذاتِ الْقَرَابَةِ، وثلثاهُ لِلْأُخْرَى، عِنْدَ مُحَمَّدٍ.

ويُنَصَّفُ عِنْدَ أَبي يُوسُفَ.

والمحرومُ بِالْقَتْلِ وَنَحْوِهِ لَا يُحْجَبُ.

(وارثةً كانت القربى)؛ كأم الأب عند عدمه، مع أم أم الأم، وكأم الأم عند عدمها مع أم أم الأب.

(أو محجوبةً؛ كأم الأب معه)؛ أي: مع وجود الأب (..فإنها تحجب أم أم الأم)؛ أعني: إن خلف الميت الأب وأم الأب وأم أم الأم.. يكون المال كله للأب عندنا؛ لأن البعدى محجوبة بالقربى، والقربى محجوبة بالأب.

(وإذا اجتمع جدتان؛ إحداهما ذات قرابة) واحدة؛ (كأم أم الأب، و) الجدة (الأخرى ذات قرابتين؛ كأم أب الأب وهي أيضاً أم أم الأم.. فثلث السدس لذات القرابة) الواحدة، (وثلثاه للأخرى)؛ أي: التي هي ذات قرابتين (عند محمد).

(وينصف عند أبي يوسف) باعتبار الأبدان، وهو قول زفر.

وتوضيحها: أن امرأةً زوجت ابن ابنها بنت بنتها، فولد بينهما ولد، وهذه المرأة جدة لهذا الولد الذي مات من قِبَل أبيه؛ لأنها أم أب أبيه، ومن قبل أمه؛ لأنها أم أم أمه.. فهي جدة ذات قرابتين.

ثم نقول: هناك امرأة أخرى قد كانت تزوج بنتها ابن المرأة الأولى، فولد من بنت الأخرى: ابن ابن الأولى، الذي هو أبو الميت.. فهذه الأخرى أم أم أب الميت، فهي ذات قرابة واحدة، وهاتان المرأتان جدتان في مرتبة واحدة؛ فإذا اجتمعتا.. فقد وجدت ذات قرابتين مع ذات قرابة واحدة، ودليل الطرفين مبين في شروح الفرائض.

(والمحروم بالقتل ونحوه) كالردة والكفر: (لا يحجب) غيره أصلاً؛ لا حجب

والمَحجوبُ بحجبِ الحرمانِ يَحجُبُ كَمَا مرَّ فِي الْجدّةِ، وكالإِخوةِ وَالْأَخَوَاتِ يحجبُهمُ الْأَبُ ويحجبونَ الْأُمَّ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى السُّدسِ.

حرمان، ولا حجب نقصان، وهو قول عامة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم.

(**والمحجوب بحجب الحرمان.. يحجب**) غيره؛ (**كما مر في الجدة، وكالإخوة والأخوات يحجبهم الأب، ويحجبون الأم من الثلث إلى السدس**).

أما عند ابن مسعود: فلأن المحروم عنده حاجب، مع أنه ليس بوارث أصلاً، فكذا المحجوب، بل هو أولى؛ لأنه أقرب وارث من وجه دون وجه.

وأما عندنا: فلأن المحروم إنما جعلناه بمنزلة المعدوم؛ لأنه ليس بأهل للميراث من كل وجه، بخلاف المحجوب؛ فإنه أهل من وجه دون وجه آخر، فيجعل كالميت في حق استحقاق الإرث، حتى لا يرث شيئاً، ويجعل حياً في حق الحجب.. فهو وارث في حق محجوبه لولا حاجبه يحجبه.

* * *

(فَصْلٌ)

وَإِذا زَادَتْ سِهَامُ الْفَرِيضَةِ.. فقد عَالَتْ.

وَأَرْبَعَةَ مخارِجَ لَا تعولُ: الِاثْنَان، وَالثَّلَاثَةُ، وَالْأَرْبَعَةُ، وَالثَّمَانِيَةُ.

فَصْلٌ

[فِي العَوْلِ]

هو في اللغة: يستعمل بمعنى الميل؛ لقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟﴾.

أو بمعنى: كثرة العيال.

أو بمعنى: الارتفاع، ومن هذا المعنى الأخير.. أخذ المعنى المصطلح عليه، وهو: أن يزاد على المخرج من أجزاء إذا ضاق عن فرض.

وعن هذا قال: (**وإذا زادت سهام**) أصحاب الفريضة على (**الفريضة.. فقد عالت**) الفريضة.

واعلم: أن مجموع المخارج سبعة، لكنها في الحقيقة تسعة؛ **ستة**: لكل فرض من الفروض الستة حال الانفراد، **وثلاثة**: لها حال الاختلاط.

إلا أن مخرج الثلث والثلثين واحد، ومخرج السدس واختلاط النصف أيضاً واحد.. فسقط اثنان، وبقي سبعة.

(**وأربعة**) منها (**مخارج لا تعول**) أصلاً؛ لأن الفروض المتعلقة بهذه المخارج أربعة؛ إما أن يفي المال بها، أو يبقى منه شيء زائد عليها.

(**الاثنان، والثلاثة، والأربعة، والثمانية**).

أما الاثنان: فلأن الخارج منه؛ إما نصفان؛ كزوج وأخت لأبوين أو لأب، أو نصف وما بقي؛ كزوج أو أخت أو بنت وعصبة.. فلا يتصور في مسألة قط اجتماع.

وأما الثلاثة: فلأن الخارج منها؛ إما ثلث وثلثان؛ كأختين لأم وأختين لأبوين أو لأب،وإما ثلث وما بقي؛ كأم أو أختين لأم وعصبة، وإما ثلثان وما بقي؛ كبنتين أو

وَثَلَاثَةٌ تعولُ:

السِّتَّةُ إِلَى عشرَةٍ وتراً وشفعاً.

والاثني عشرَ إِلَى سَبْعَةَ عشرَ وتراً لا شفعاً.

أختين وعصبة، ولا يتصور في مسألة قط اجتماع ثلثين وثلثين، أو ثلث وثلث وثلثين.

وأما الأربعة: فلأن الخارج منها إما ربع ونصف وما بقي؛ كزوج وبنت، أو زوجة وأخت وعصبة، أو ربع وما بقي؛ كزوجة وعصبة، أو ربع وثلث ما بقي وما بقي؛ كزوجة وأبوين، ولا يتصور في مسألة قط اجتماع ربعين ونصف.

وأما الثمانية: فلأن الخارج منها؛ إما ثمن وما بقي؛ كزوجة وابن، أو ثمن ونصف وما بقي؛ كزوجة وبنت وأخ لأب وأم.

(**وثلاثة**) منها (**تعول**):

(**الستة إلى عشرة؛ وتراً**)؛ أي: من حيث الوتر، وأراد به السبعة والتسعة.

(**وشفعاً**)؛ أي: من حيث الشفع، وأراد به الثمانية والعشرة.

- مثال عولها إلى سبعة: زوج، وأختان لأبوين أو لأب، أو: زوج وجد، وأخت لأب.

- ومثال عولها إلى ثمانية: زوج، وأخت من أب، وأختان، وأم، أو: زوج، وثلاث أخوات متفرقات، أو: زوج، وأم، وأخت من أب، أو: زوج، وأختان من أبوين، وأخت من أم، أو: زوج، وأم، وأختان من أب.

- ومثال عولها إلى تسعة: زوج وثلاث أخوات متفرقات وأم أو زوج وأختان من أب وأختان من أم أو زوج وأختان من الأبوين وأم وأخت من أم.

- ومثال عولها إلى عشرة: زوج وأختان من أب وأختان من أم والأم.

(**والاثني عشر**)، يعول (**إلى سبعة عشر وتراً لا شفعاً**)، وأراد به: ثلاثة عشر: وخمسة عشر: وسبعة عشر.

وَأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ إِلَى سَبْعَةٍ وَعشْرينَ عولاً وَاحِداً فِي المنبريَّةِ، وهي: امْرَأَةٌ وبنتانِ وأَبوانِ.

وَالرَّدُّ: ضدُّ الْعَوْلِ، بِأَن لَا تستغرقَ السِّهَامَ الْفَرِيضَةَ مَعَ عدمِ الْعصبَةِ، فَيردُّ الْبَاقِي على ذَوي السِّهَام، سوى الزَّوْجَيْنِ بِقدر سِهَامهمْ.

مثال عولها إلى ثلاثة عشر: زوج، وبنتان، وأم، أو: زوجة، وأختان لأبوين، وأخت لأم، أو: زوج، وبنتا ابن، وأم، أو جدة.

ومثال عولها إلى خمسة عشر: زوج، وبنتان، وأبوان، أو: زوجة، وأختان لأب، وأختان لأم.

ومثال عولها إلى سبعة عشر: أربع أخوات لأم، وثماني أخوات لأب، وجدتان، وثلاث زوجات.

(وأربعة وعشرون)، تعول (إلى سبعة وعشرين، عولاً واحداً في) المسألة (المنبرية)، وعند ابن مسعود: تعول إلى أحد وثلاثين.

(وهي: امرأة، وبنتان، وأبوان).

وجه تسميتها بالمنبرية: مذكور في شروح الفرائض.

(والرد ضد العول)؛ إذ بالعول.. ينتقض سهام ذوي الفروض ويزداد أصل المسألة، وبالرد.. يزداد السهام وينتقض أصل المسألة، وذلك: (بأن لا تستغرق السهام الفريضة، مع عدم) المستحق من (العصبة، فيرد الباقي على ذوي السهام) الفريضة، (سوى الزوجين بقدر سهامهم)، وهو قول عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم؛ أي: جمهورهم، وبه أخذ أصحابنا.

وقال زيد بن ثابت: لا يرد الفاضل على ذوي الفروض، بل هو لبيت المال، وبه أخذ مالك والشافعي.

وقال عثمان رضي الله تعالى عنه: يرد على الزوجين أيضاً.

وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: لا يرد على ثلاثة؛ الزوجين والجد.

فَإِن كَانَ من يرد عَلَيْهِ جِنْسا وَاحِدًا فَالْمَسْأَلَة من عدد رؤوسهم.

وَإِن كَانُوا جِنْسَيْنِ أَو أَكثر فَمن عدد سِهَامهمْ، فَمن اثْنَيْنِ لَو كَانَ فِي الْمَسْأَلَة سدسان.

وَمن ثَلَاثَة لَو سدس وَثلث.

وَمن أَرْبَعَة لَو سدس وَنصف.

(فإن كان من يرد عليه جنساً واحداً.. فالمسألة من عدد رؤوسهم)؛ كبنتين وأختين؛ فأنهما لما استويا في الاستحقاق.. صارا كابنين أو أخوين، فجعل المال بينهما نصفين، وأعطي لكل واحد منهما نصف التركة.

وكذا: الجدتان.

والمراد بالأختين: أن تكونا من جنس واحد؛ بأن يكون كلاهما لأب، أو لأم، أو لأبوين.

(وإن كانوا)؛ أي: من يرد عليه (جنسين أو أكثر) من جنسين (..فمن عدد سهامهم)؛ أي: تجعل المسألة من عدد سهامهم؛ أي: من مجموع سهام هؤلاء المجتمعين المأخوذ من مخرج المسألة.

(فمن اثنين)؛ أي: تجعل المسألة من اثنين (لو كان في المسألة سدسان) كجدة وأخت لأم؛ لأن المسألة حينئذ من ستة، ولهما منها اثنان بالفريضة.. فاجعل الاثنين أصل المسألة، واقسم التركة عليهما نصفين.

(و) تجعل (من ثلاثة؛ لو) كان فيها (سدس وثلث)؛ كولدي الأم مع الأم، أو أخوين لأم وجدة، أو أم وأخ لأم.

(و) تجعل (من أربعة؛ لو) كان فيها (سدس ونصف)؛ كبنت وبنات ابن، أو أخت لأبوين أو أخوات لأب أو أخت لأب وأخ لأم أو جدة مع واحد ممن يستحق النصف من الإناث.

وَمن خَمْسَة لَو ثلث وَنصف، أَو سدسان وَنصف أَو ثلثان وَسدس.

فَإِن كَانَ مَعَ الأَوَّلِ مَن لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ. أُعْطِيَ فَرْضَهُ مِن أَقَلِّ مَخارِجِه، ثمَّ قُسِمَ الْبَاقِي على رؤُوسِهم.

فَإِنِ استقامَ؛ كَزَوجٍ وَثَلَاثِ بَنَاتٍ.

وَإِلَّا؛ فَإِن وَافق.. ضُرِبَ وَفْق رؤُوسِهِم فِي مخرجِ فَرضِ مَن لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ؛ كَزَوجِ وستِّ بَنَاتٍ.

(و) تجعل (من خمسة؛ لو) كان فيها (**ثلث ونصف**)؛ كأم وأخت لأب أو أختين لأم، وكأخت لأب وأم أو أم.

(**أو سدسان ونصف**)؛ كبنت وبنت ابن وأم (**أو ثلثان وسدس**) كبنتين وأم، فالمسألة في هذه الصور الثلاث أيضاً من ستة، والسهام التي أخذت منها خمسة، ففي الصورة الأولى: للأخت من الأبوين ثلاثة أسهم، وللأختين لأم سهمان، وقس عليها سائرها.

(**فإن كان مع الأول**)، الظاهر: بالواو؛ أي: مع الجنس الواحد ممن يرد عليه (**من لا يرد عليه**)؛ كالزوج أو الزوجة (..**أعطي فرضه**)؛ أي: فرض من لا يرد عليه (**من أقل مخارجه، ثم قسم الباقي**) من ذلك المخرج (**على**) عدد (**رؤوسهم**)؛ أي: رؤوس من يرد عليه؛ أعني. ذلك الجنس الواحد؛ كما كنت تقسم جميع المال على عدد رؤوسهم إذا انفردوا عمن لا يرد عليه.

(**فإن استقام**) الباقي عليهم.. فبها ونعمت هي؛ إذ لا حاجة إلى ضرب؛ (**كزوج وثلاث بنات**)، للزوج الربع فأعطه من أقل مخارجه الربع وهو أربعة؛ فإذا أخذ ربعه وهو سهم.. بقي ثلاثة أسهم، فاستقام على رؤوس البنات.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يستقم الباقي على عدد رؤوس من يرد عليهم؛ (**فإن وافق**) رؤوسهم ذلك الباقي؛ فما حصل تصح منه المسألة (..**ضرب وفق رؤوسهم**)؛ أي: رؤوس من يرد عليهم (**في مخرج فرض من لا يرد عليه؛ كزوج وست بنات**)؛ فإن

وَإِن بايِنَ.. ضُرِبَ كلُّ رؤوسِهم فِيهِ؛ كَزَوج وَخمْسِ بَنَات.

وَإِن كَانَ مَعَ الثَّانِي مَن لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ.. قُسِمَ الْبَاقِي على مَسْأَلَةِ مَن يُرَدُّ عَلَيْهِ؛ فَإِنِ استقامَ؛ كَزَوْجَةٍ وَأَرْبعِ جدَّاتٍ وستِّ أَخَوَاتٍ لأُمٍّ.

أقل مخرج فرض من لا يرد عليه: أربعة؛ فإذا أعطيت الزوج واحداً منها.. بقي ثلاثة، فلا ينقسم على عدد رؤوس البنات الست، لكن بينهما موافقة بالثلث، فيضرب وفق عدد رؤوسهن وهو اثنان في الأربعة، تبلغ ثمانيةً،فللزوج منها اثنان، وللبنات ستة.

(وإن باين) رؤوسهم ذلك الباقي (..ضرب كل رؤوسهم)؛ أي: رؤوس من يرد عليهم (فيه)؛ أي: في مخرج فرض من لا يرد عليه؛ (كزوج وخمس بنات)، أصلها من اثني عشر؛ لاجتماع الربع والثلثين، لكنها يرد مثلها إلى الأربعة التي هي أقل مخارج فرض من لا يرد عليه؛ فإذا أعطينا الزوج ههنا واحداً منها.. بقي ثلاثة، فلا يستقيم على البنات الخمس، بل بينها وبين عدد الرؤوس مباينة، فضربنا كل عدد رؤوسهن في مخرج فرض من لا يرد عليه؛ أي: الأربعة، فحصل عشرون، ومنها تصح المسألة، كان للزوج واحد ضربناه في المضروب الذي هو خمسة، فكان خمسةً فأعطيناه إياها، وكان للبنات ثلاثة ضربناها في الخمس حصل خمسة عشر، فلكل واحد منهن ثلاثة.

(وإن كان مع الثاني)؛ أي: مع اجتماع جنسين ممن يرد عليه (من لا يرد عليه.. قسم الباقي) من مخرج فرض من لا يرد عليه (على مسألة من يرد عليه؛ فإن استقام).. فبها؛ (كزوجة وأربع جدات وست أخوات لأم)؛ فإن أقل مخرج فرض من لا يرد عليه: أربعة؛ فإذا أخذت المرأة واحداً منها.. بقي ثلاثة وهي ههنا مستقيمة على مسألة من يرد عليه؛ لأنها أيضاً ثلاثة؛ لأن حق الأخوات لأم: الثلث، وحق الجدات: السدس.. فللأخوات سهمان، وللجدات سهم واحد، ففي هذه الصورة: استقام الباقي على مسألة من يرد عليه، وتمامه في شروح الفرائض..فليطالع.

وَإِلَّا.. ضُرِبَ جَمِيعُ مسألتِهم فِي مَخرَجِ فَرضِ مَن لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ؛ كأَربعِ زَوْجَاتٍ وتسعِ بَنَاتٍ، وستِّ جدَّاتٍ، ثُمَّ يُضْرَبُ سِهَامُ مَن لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ فِي مَسْأَلَةِ مَن يُرَدُّ عَلَيْهِ، وسهامُ مَن يُرَدُّ عَلَيْهِ فِيمَا بَقِيَ مِن مَخرَجِ فَرضِ مَن لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ،...

(وإلا)؛ أي: وإن لم يستقم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسألة من يرد عليه (..ضرب جميع مسألتهم)؛ أي: مسألة من يرد عليه (في مخرج فرض من لا يرد عليه)، فالمبلغ الحاصل من هذا الضرب: مخرج فرض الفريقين؛ (كأربع زوجات وتسع بنات وست جدات)؛ فإن أقل مخرج فرض من لا يرد عليه: هو الثمانية؛ فإذا دفعناه ثمنها إلى الزوجات بقي سبعة، فلا يستقيم على الخمسة التي هي مسألة من يرد عليه ههنا؛ لأن الفرضين ثلثان وسدس، بل بينهما مباينة، فيضرب جميع مسألة من يرد عليه؛ أعني: الخمسة في مخرج فرض من لا يرد عليه وهو الثمانية، فيبلغ أربعين، فهذا المبلغ مخرج فروض الفريقين.

فإذا أردت أن تعرف حصة كل فريق منهما من هذا المبلغ الذي هو مخرج فروضهما.. فطريقه ما أشار إليه بقوله: (ثم يضرب سهام من لا يرد عليه) من أقل مخارج فرضه (في مسألة من يرد عليه)، فيكون الحاصل نصيب من لا يرد عليه من المبلغ المذكور.

(و) يضرب (سهام من يرد عليه) من مسألتهم (فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه).. فيكون الحاصل نصيب ذلك الفريق ممن يرد عليه، وذلك؛ لأن حق كل فريق ممن يرد عليه إنما هو في الباقي من مخرج فرض من لا يرد عليه بقدر سهامهم.

ففي المسألة المذكورة: للزوجة من ذلك المخرج واحد؛ فإذا ضربناه في الخمسة التي هي مسألة من يرد عليه.. كان الحاصل خمسةً، فهي حق الزوجات من أربعين، وللبنات أربعة؛ فإذا ضربناها فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وهو

وتُصحَّحُ بالأُصولِ الْآتِيَةِ.

سبعة.. بلغ ثمانيةً وعشرين، فهي لهن من الأربعين، وللجدات واحد؛ فإذا ضربناه في السبعة.. كان سبعةً، فهي للجدات، وقد استقام بهذا العمل فرض من لا يرد عليه وفرض كل فريق ممن يرد عليه وإن انكسر السهام المأخوذة من مخرج فروض الفريقين على البعض أو الجميع، (وتصحح) المسألة (بالأصول الآتية).

* * *

(فَصْلٌ)

ذُو الرَّحِم: قريبٌ لَيْسَ بعَصَبَةٍ، وَلَا ذِي سهمٍ، ويَرِثُ كَمَا ترثُ الْعصبَةُ عِنْدَ عدمِ ذِي السَّهْمِ.

فَمَنِ انْفَردَ مِنْهُم.. أَحرزَ جَمِيعَ المَالِ.

فَصْلٌ

[فِي ذَوِي الأَرْحَامِ]

(ذو الرحم) هو في اللغة: بمعنى القرابة مطلقاً.

وفي الشريعة: (قريب ليس بعصبة، ولا ذي سهم) مقدر في كتاب الله تعالى، أو سنة رسوله ﷺ، أو إجماع الأمة.

(ويرث) ذو الرحم (كما ترث العصبة عند: عدم ذي السهم)، وعدم العصبة، إلا إذا كان ذو السهم أحد الزوجين، فيرث معه بعد أخذ فرضه؛ لعدم الرد عليه.

وإنما قيدنا بعدم العصبة؛ لأنه لا يكفي بعدم ذي السهم؛ فعلى هذا لو قيده.. لكان أصوب.

(فمن انفرد منهم) فـ«منهم» ليس بصلة «انفرد»، بل بيان لـ«من» (..أحرز جميع المال).

كان عامة الصحابة؛ أي: أكثرهم رضي الله تعالى عنهم يرون توريث ذوي الأرحام، وهو مذهبنا.

وقال زيد بن ثابت: لا ميراث لهم، ويوضع المال في بيت المال، وبه قال مالك والشافعي.

لنا: قوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾؛ أي: أولى بميراث بعض بالنقل، وقال ﷺ: «الخال وارثُ مَن لا وارث له».

وروي أن ثابت بن دحداح مات، فقال رسول الله ﷺ لعاصم بن عدي: «هل

وَيُرَجَّحُونَ بِقربِ الدَّرجَةِ، ثُمَّ بِقُوَّةِ الْقَرَابَةِ، ثُمَّ بِكَوْنِ الأَصْلِ وَارِثاً عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِهَة.

وَإِنِ اخْتلفت.. فلقرابةِ الْأَبِ: الثُّلُثَانِ، ولقرابةِ الْأُمِّ: الثُّلُثُ.

تعرفون له فيكم نسباً؟» فقال: إنه كان فينا غريباً، فلا نعرف له إلا ابن أخت هو أبو لبابة بن عبد المنذر، فجعل رسول الله ﷺ ميراثه له.

ولأن أصل القرابة: سبب لاستحقاق الإرث على ما بيناه، إلا أن هذه القرابة أبعد من سائر القرابات، فتأخرت عنها، والمال متى كان له مستحق.. لا يجوز صرفه إلى بيت المال.

وكثير من أصحاب الشافعي -منهم ابن شريح - خالفوه، وذهبوا إلى توريث ذوي الأرحام، وهو اختيار فقهائهم للفتوى في زماننا؛ لفساد بيت المال، وصرفه في غير المصارف كما في «التبيين».

(ويرجحون بقرب الدرجة، ثم بقوة القرابة)؛ لأن إرثهم بطريق العصوبة، فيقدم الأقرب على الأبعد، ومن له قوة القرابة على غيره، في كل صنف كما في العصبات.

(ثم بكون الأصل وارثاً عند اتحاد الجهة) إذا استووا في الدرجة؛ فمن يدلي بوارث: أولى من كل صنف:

كبنت بنت الابن: أولى من ابن البنت.

وابن بنت الابن: أولى من ابن بنت البنت؛ لأن الوارث أقوى قرابةً من غير الوارث؛ بدليل تقدمه عليه في استحقاق الإرث، والمدلي بجهتين: أولى؛ كبني الأعيان مع بني العلات.

(وإن اختلفت) جهة القرابة (..فلقرابة الأب: الثلثان، ولقرابة الأم: الثلث)؛ لأن قرابة الأب أقوى، فيكون لهم الثلثان، والثلث لقرابة الأم:

مثاله: أبو أم الأب، وأبو أب الأم، وهذا لا يتصور في الفروع، وإنما يتصور في الأصول والعمات والأخوال.

ثم يعتبرُ الترجيحُ في كلِّ فريقٍ كما لو انفردَ.

وَعندَ الاسْتوَاءِ فِي الْقربِ، وَالْقُوَّةِ، والجهةِ.. للذّكرِ مثلُ حَظّ الأُنثيينِ.

وَتعْتَبَرُ أَبدان الْفُرُوعِ إنِ اتفقت صفةُ الأُصولِ.

وَكَذَا: إنِ اخْتلفت عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: تُؤْخَذُ الصّفةُ مِنَ الْأُصُولِ، وَالْعدَدُ مِنَ الْفُرُوعِ، وَيقسمُ على أَوَّلِ بطنٍ وَقعَ فِيهِ الِاخْتِلَافُ..

(ثم يعتبر الترجيح في كل فريق كما لو انفرد)؛ يعني: إذا كان لأبي الميت جدان من جهتين، وكذلك لأمه.. فلقوم الأب الثلثان، ولقوم الأم الثلث، ثم ما أصاب قوم الأب.. ثلثاه لقرابته من جهة أبيه، وثلثه لقرابته من جهة أمه.

وكذلك: ما أصاب قوم الأم؛ كما لو انفرد أيضاً مثاله: أبو أم أبي الأب، وأبو أبي أم الأب، وأبو أم أبي الأم، وأبو أبي أم الأم.

(وعند الاستواء في القرب والقوة والجهة.. للذكر مثل حظ الأنثيين)؛ لأن الأصل في المواريث: تفضيل الذكر على الأنثى، وإنما ترك هذا الأصل في الإخوة والأخوات لأم؛ للنص على خلاف القياس.

(وتعتبر أبدان الفروع) المتساوية الدرجات (إن اتفقت صفة الأصول) في الذكورة والأنوثة؛ كابن البنت وبنت البنت؛ لإدلاء كلهم بوارث.

(وكذا إن اختلفت) صفة الأصول (عند أبي يوسف) وحسن بن زياد؛ كبنت ابن البنت، وابن بنت البنت؛ لخلوهم عن ولد الوارث.

فإن كانت الفروع ذكوراً فقط، أو إناثاً فقط.. تساووا في القسمة.

وإن كانوا مختلفين.. فللذكر مثل حظ الأنثيين، ولا تعتبر في القسمة صفات أصولهم أصلاً، وهو رواية شاذة عن الإمام.

(وعند محمد: تؤخذ الصفة من الأصول، والعدد من الفروع، ويقسم) المال (على أول بطن وقع فيه الاختلاف)؛ أي: اختلاف الأصول بالذكورة والأنوثة؛ للذكر مثل حظ الأنثيين.

ثُمَّ يُجْعَلُ الذُّكُورُ على حِدةٍ، وَالْإِنَاثُ على حِدةٍ، فَيقسَمُ نصيبُ كلِّ طَائِفَةٍ على أَوَّلِ بطنٍ اخْتلفَ كَذَلِك إِن كَانَ، وإِلَّا.. دُفِعَ حِصَّةُ كلِّ أَصلٍ إِلَى فَرعِهِ.

(**ثم يجعل الذكور**) من ذلك البطن (**على حدة**)، ويجعل (**والإناث على حدة**) بعد القسمة على الذكور والإناث، (**فيقسم نصيب كل طائفة على أول بطن اختلف كذلك إن كان**) فيما بينهما اختلاف، (**وإلا**)؛ أي: وإن لم يكن بينهما اختلاف في الذكورة والأنوثة؛ بأن يكون جميع ما توسط بينهما ذكوراً فقط أو إناثاً فقط (**..دفع حصة كل أصل إلى فرعه**).

وفي «السراجية» و«شرحه»: وعند محمد:

«تعتبر أبدان الفروع إن اتفقت صفة الأصول» **موافقاً لهما**.

«وتعتبر الأصول إن اختلفت صفاتهم، ويعطى الفروع ميراث الأصول» **مخالفاً لهما**؛ كما إذا ترك ابن بنت وبنت بنت، عندهما: المال بينهما؛ للذكر مثل حظ الأنثيين باعتبار الأبدان؛ أي: أبدان الفروع وصفاتهم، فثلثي المال لابن البنت، وثلثه لبنت البنت.

وعند محمد: يكون المال بينهما كذلك؛ لأن صفة الأصول متفقة.

ولو ترك بنت ابن بنت وابن بنت بنت، عندهما: المال بين الفروع أثلاثاً باعتبار الأبدان، ثلثاه للذكر، وثلثه للأنثى.

وعند محمد: المال بين الأصول؛ أعني: في البطن الثاني أثلاثاً، لبنت ابن البنت نصيب أبيها، وثلثه لابن بنت البنت نصيب أمه.

وكذلك عند محمد إذا كان في أولاد البنات بطون مختلفة.. يقسم المال على أول بطن اختلف في الأصول، ثم تجعل الذكور طائفةً، والإناث طائفةً بعد القسمة؛ فما أصاب للذكور من أول بطن.. وقع فيه الاختلاف، يجمع ويعطي فروعهم بسحب صفاتهم إن لم يكن فيما بينهم وبين فروعهم من الأصول اختلاف في الذكورة والأنوثة؛ بأن يكون جميع ما توسط بينهما ذكوراً فقط، أو إناثاً فقط.

وَبقول مُحَمَّدٍ: يُفْتى.

وَيُقدَّمُ جُزْءُ الْمَيِّتِ وهم أَوْلَادُ الْبَنَاتِ، وَأَوْلَادُ بَنَاتِ الابْنِ، وَإِن سفلنَ.

ثمَّ أَصلُهُ، وهم: الأَجدادُ الفاسدون، والجدَّاتُ الفاسداتُ ثُمَّ جزءُ أبيهِ، وهم: أولادٌ لأخواتِ وَأَوْلَادِ الْإِخْوَةِ لأُمٍّ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ.

وإن كان فيما بينهما من الأصول اختلاف.. يجمع ما أصاب الذكور، ويقسم على أعلى الخلاف الذي وقع في أولادهم، ويجعل الذكور ههنا أيضاً طائفةً، والإناث طائفةً، على قياس ما سبق.

وكذلك: ما أصاب الإناث يعطى فروعهن إن لم تختلف الأصول التي بينهما.

وإن اختلفت.. يجمع ما أصاب لهن، ويقسم على أعلى الخلاف الذي وقع في أولادهن، وهكذا يعمل إلى أن ينتهي. وتمامه فيهما إن شئت فليراجع.

(**وبقول محمد**) وهو أشهر الروايتين عن الإمام، والقول الأول لأبي يوسف: (**يفتى**).

وذكر بعضهم: أن مشايخ بخارى أخذوا بقول أبي يوسف في مسائل ذوي الأرحام والحيض؛ لأنه أيسر على المفتي.

(**ويقدم جزء الميت**)؛ أي: وترتيبهم: كترتيب العصبات، فيقدم فروعه، (**وهم أولاد البنات وأولاد بنات الابن وإن سفلن**).

(**ثم**) يقدم (**أصله**)؛ أي: أصل الميت، (**وهم: الأجداد الفاسدون**)، وإن علوا؛ كأبي أم الميت وأبي أمه، (**والجدات الفاسدات**) وإن علون؛ كأم أبي أم الميت، وأم أم أبي أمه.

(**ثم**) يقدم (**جزء أبيه، وهم: أولاد الأخوات**) وإن سفلوا؛ سواء كانت تلك الأولاد ذكوراً أو إناثاً، وسواء كانت الأخوات لأب وأم، أو لأب، أو لأم.

(**وأولاد الإخوة لأم وبنات الإخوة**) وإن سفلن؛ سواء كانت الأخوة من الأبوين أو من أحدهما.

ثُمَّ جُزْءُ جدِّهِ، وهم العمَّاتُ، والخالاتُ، والأَخوالُ، والأعمامُ لأُمٍّ، وَبَنَاتُ الْأَعْمَامِ، ثُمَّ أَوْلَادُ هَؤُلَاءِ.

ثُمَّ جُزْء جدِّ أَبِيهِ أَو أُمِّهِ، وهم: عمَّاتُ الْأَبِ أَوِ الْأُمِّ، وخالاتُهما، وأَخوالُهما، وأَعمامُ الْأَبِ لأُمٍّ، وأَعمامُ الْأُمِّ، وَبَنَاتِ أَعمامِهما، وَأَوْلَادُ أَعمامِ الْأُمِّ.

(ثم) يقدم (جزء جده، وهم: العمات، والخالات، والأخوال، والأعمام لأم)؛ فإنهم إخوة لأبيه من أمه، واعتبر فيهم: كونهم لأم؛ لأن العم من الأبوين، أو من الأب: عصبة.

(وبنات الأعمام) مطلقاً، (ثم أولاد هؤلاء).

(ثم جزء جد أبيه أو أمه، وهم: عمات الأب أو الأم، وخالاتهما، وأخوالهما، وأعمام الأب لأم، وأعمام الأم، وبنات أعمامهما، وأولاد أعمام الأم)؛ فإن جميعها من ذوي الأرحام.

وروي عن الإمام: أن أقرب الأصناف إلى الميت وأقدمهم في الوراثة عنه:

هو الصنف الثاني، وهم الساقطون من الأجداد والجدات وإن علون.

ثم الصنف الأول، وإن سفلوا.

ثم الثالث، وإن نزلوا.

ثم الرابع، وإن بعدوا.

وروى أبو يوسف والحسن بن زياد عنه وابن سماعة عن محمد عنه: أن أقرب الأصناف الأول، ثم الثاني، ثم الثالث، ثم الرابع، وهو المأخوذ للفتوى.

وعندهما: الثالث، وهم: أولاد الأخوات وبنات الإخوة وبنو الإخوة لأم مقدم على الجد أبي الأم. وتمامه مبين في شروح الفرائض.. فليطالع.

* * *

(فَصْلٌ)

الغرقى والهَدْمى إذا لم يُعلَم أيُّهمْ مَاتَ أَوّلاً.. يُقسَمُ مَالُ كلٍّ على ورثتِهِ الْأَحْيَاءِ، وَلَا يَرِثُ بعضُ الْأَمْوَاتِ مِن بعضٍ.

فَصْلٌ

[فِي مِيرَاثِ الغَرْقَى وَالهَدْمَى]

(الغَرْقى): جمع الغريق.

(والهَدْمى)؛ أي: الطائفة التي هدم عليهم جدار أو غيره، وكذلك الحرقى.

(إذا لم يعلم أيهم مات أولاً)، كما إذا غرقوا في السفينة معاً، أو وقعوا في النار دفعةً، أو سقط عليهم جدار أو سقف بيت عياذاً به تعالى، أو قتلوا في المعركة، ولم يعلم التقدم والتأخير في موتهم.. جعلوا كأنهم ماتوا معاً.

(..يقسم مال كل على ورثته الأحياء، ولا يرث بعض) هؤلاء (الأموات من بعض)، هذا هو المختار عندنا؛ لأنه قول أبي بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما وعلي في الرواية المشهورة، وإحدى الروايتين عن ابن مسعود.

ووجهه: أن الإرث يبتني على التيقن بسبب الاستحقاق، **وشرطه**: هو حياة الوارث بعد الموت، فلما لم يتيقن بوجود الشرط.. لم يثبت الإرث بالشك.

وفي إحدى الروايتين عن علي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما، وبه أخذ ابن ليلى: يرث بعضهم من بعض، إلا ممن ورث كل واحد منهم من مال صاحبه؛ فإنه لا يرث منه.

صورته: رجل وابنه، انهدم الحائط عليهما، ولم يدر أيهما مات أولاً، ولكل منهما امرأة وابن، وترك كل منهما ستة عشر ديناراً:

فعلى قول الجمهور: تركته بين زوجته وابنه الحي، وكذا تركة الابن إن لم تكن زوجة أبيه أمه، وإن كانت.. فيزاد لها الثلث.

وَإِنِ اجْتمع ابْنا عَمٍّ أَحدُهمَا أَخٌ لأُمٍّ.. أُعطيَ السُّدسَ فرضاً، ثمَّ اقْتَسمَا الْبَاقِي عصوبةً.

وَلَا يَرثُ الْمَجُوسِيُّ بالأَنكحةِ الْبَاطِلَةِ وَإِنِ اجْتمعَ فِيهِ قرابتانِ لَو انفردا فِي شَخْصَيْنِ ورثا بهما، وَيَرِثُ بهما.

وَإِن كَانَت إِحداهما تحجُبُ الْأُخْرَى.. يَرثُ بالحاجبةِ.

وَيُوقفُ للْحَمْلِ نصيبُ ابْنٍ وَاحِدٍ هُوَ الْمُخْتَار.

وعلى القول الآخر: للزوجة من تركة الأب الثمن، والباقي بين ابنه الحي والميت بالسوية، فيصيب الميت سبعة دنانير.

وأما تركة الابن: فلزوجته منها الثمن، ولأبيه السدس، ولزوجة أبيه إن كانت أمه أيضاً السدس، والباقي للابن في الحالين؛ فما أصاب أباه من تركته وهو دينار وثلثا دينار يقسم بين ورثة أبيه سوى الابن الميت وما أصابه من تركة أبيه وهو سبعة دنانير.. يقسم بين ورثته، سوى الأب الميت.

(**وإن اجتمع ابنا عم؛ أحدهما أخ لأم.. أعطي السدس**) له (**فرضاً، ثم اقتسما**)؛ أي: ابنا العم (**الباقي عصوبةً**) كما مر.

(**ولا يرث المجوسي بالأنكحة الباطلة**)؛ أي: إذا تزوج المجوسي أمه أو غيرها من المحارم.. لا يرث منها بالنكاح (**وإن اجتمع فيه**)؛ أي: في المجوسي (**قرابتان لو انفردا**)، والظاهر: «لو انفردتا» (**في شخصين ورثا**)؛ أي: الشخصان (**بهما**)؛ أي: بالقرابتين، (**ويرث**) ذلك المجوسي الذي اجتمع فيه فيه قرابتان (**بهما**)؛ أي: بالقرابتين.

(**وإن كانت إحداهما**)؛ أي: إحدى القرابتين (**تحجب الأخرى.. يرث بالحاجبة**)؛ يعني: لو اجتمعت في المجوسي قرابتان لو تفرقتا في شخصين حجبت إحداهما الأخرى.. يرث بالحاجبة، وإن لم تحجب.. يرث بالقرابتين.

(**ويوقف للحمل نصيب ابن واحد**)، و(**هو المختار**)، وعليه الفتوى.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: نصيبُ ابْنَيْنِ، فَإِن خرج أَكْثَرُهُ حَيّاً وَمَاتَ.. وُرِّثَ. وإِن أقلُّهُ.. فلا.

وذلك: لأن من المعتاد الغالب: أن لا تلد المرأة في بطن واحد إلا ولداً واحداً، فيبنى عليه الحكم ما لم يعلم خلافه.

(وعند أبي يوسف: نصيب ابنين).

وفي «السراجية»: وعند محمد: يوقف نصيب ثلاثة بنين، رواه ليث بن سعد، لكن هذه الرواية ليست موجودةً في شروح الأصل، ولا في عامة الروايات.

وفي رواية أخرى عنه: نصيب ابنين، وهو قول الحسن، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، رواه عنه هشام.

وروى الخصاف عن أبي يوسف: نصيب ابن واحد؛ كما في المتن.

فعلى هذا: لو قال: «وعن أبي يوسف».. لكان أولى.

وعند الإمام: نصيب أربعة بنين.

(فإن خرج أكثره)؛ أي: أكثر الحمل (حياً، ومات.. وُرِّث)؛ لأن الأكثر له حكم الكل؛ فكأنه خرج كله حياً.

(وإن) خرج (أقله)، وظهر منه شيء من هذه العلامات، ثم مات (..فلا) يرث؛ لأنه لما خرج أكثره ميتاً.. فكأنه خرج كله ميتاً.

وإن خرج مستقيماً - وهو أن يخرج رأسه أولاً - فالمعتبر: صدره؛ يعني: إذا خرج صدره كله.

وإن خرج منكوساً - وهو أن يخرج رجله أولاً - فالمعتبر: سرته، وإن لم يتخرج السرة.. لم يرث.

* * *

(فَصْلٌ)

المُنَاسَخَةُ أَن يَمُوتَ بعضُ الْوَرَثَةِ قبلَ الْقِسْمَةِ.. فصحِّحِ الْمَسْأَلَةَ الأُولى ثمَّ الثَّانِيَةَ؛...

فَصْلٌ

[فِي المُنَاسَخَةِ]

(المُنَاسَخَةُ) هي مفاعلة من النسخ، بمعنى: النقل والتحويل.

والمراد بها ههنا: أن ينقل نصيب بعض الورثة بموته قبل القسمة إلى من يرث منه، وعن هذا قال: (أن يموت بعض الورثة قبل القسمة):

فإن كان ورثة الميت الثاني من عداد ورثة الميت الأول ولم يقع في القسمة.. تغير؛ فإنه يقسم المال حينئذ قسمةً واحدةً؛ إذ لا فائدة في تكرارها؛ كما إذا ترك بنين وبنات من امرأة واحدة، ثم ماتت إحدى البنات، ولا وارث لها سوى تلك الإخوة والأخوات لأب وأم.. فإنه يقسم مجموع التركة بين الباقين؛ للذكر مثل حظ الأنثيين قسمةً واحدةً؛ كما كانت، يقسم بين الجميع كذلك، فكأن الميت الثاني لم يكن في البنين.

وإن وقع تغير في القسمة بين الباقين؛ كما إذا ترك ابناً من امرأة، وثلاث بنات من امرأة أخرى، ثم ماتت إحدى البنات وخلفت هؤلاء؛ أعني: الأخ لأب والأختين من الأبوين.

أو كان ورثة الميت الثاني غير ورثة الميت الأول؛ كزوج وبنت وأم، فمات الزوج قبل القسمة عن امرأة وأبوين، ثم ماتت البنت قبلها أيضاً عن ابنين وبنت وجدة هي أم المرأة التي ماتت أولاً، ثم ماتت هذه الجدة عن زوج وأخوين.

(..فصحح المسألة الأولى) ويعطى سهام كل وارث من هذا التصحيح (ثم) صحح المسألة (الثانية)، وتنظر بين ما في يده من التصحيح الأول، وبين التصحيح الثاني في ثلاثة أحوال، هي: المماثلة، والموافقة، والمباينة.

فَإِن استقامَ نصيبَ الْمَيِّتِ الثَّانِي على مَسْأَلتِهِ.

وإِلَّا.. فَاضْرب وفْقَ التَّصْحِيحِ الثَّانِي فِي التَّصْحِيحِ الأَوَّلِ؛ إِن وَافق نصِيبُهُ مَسْأَلَتَهُ، ....

(فإن استقام) بسبب المماثلة (نصيب الميت الثاني) من فريضة الميت الأول (على مسألته).. فبها ونعمت؛ لأن التصحيح الأول ههنا بمنزلة أصل المسألة هناك، والتصحيح الثاني ههنا بمنزلة رؤوس المقسوم عليه ثمة، وما في يد الميت الثاني بمنزلة سهامهم من أصل المسألة، ففي صورة الاستقامة: تصح المسألتان من التصحيح الأول؛ كما إذا مات الزوج في المثال المذكور عن امرأة وأبوين؛ لأن أصلها اثنا عشر؛ فإذا أخذ الزوج منها ثلاثةً والبنت ستةً والأم اثنين.. بقي منها واحد يجب ردها على البنت والأم بقدر سهامهما؛ فإذا رددنا المسألة إلى أقل مخارج فرض من لا يرد عليه.. صارت أربعةً؛ فإذا أخذ الزوج منها واحداً.. بقي ثلاثة، فلا يستقيم على الأربعة التي هي سهام البنت والأم، بينهما مباينة، فتضرب هذه السهام التي هي بمنزلة الرؤوس في ذلك الأقل، فيحصل ستة عشر؛ فللزوج منها أربعة، وللبنت تسعة، وللأم ثلاثة، ثم تلك الأربعة التي هي للزوج منقسمة على ورثته المذكورين؛ فلزوجته واحد منها، ولأمه ثلث ما يبقى وهو أيضاً واحد، ولأبيه اثنان، فاستقام ما في يد الزوج من التصحيح الأول على التصحيح الثاني، وصحت المسألتان من التصحيح الأول.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يستقم نصيب الميت الثاني من فريضة الميت الأول على مسألته (.. فاضرب وفق التصحيح الثاني في) جميع (التصحيح الأول إن وافق نصيبه مسألته)؛ لأن في التصحيح إذا انكسر سهام طائفة واحدة عليهم، وكان بين سهامهم ورؤوسهم موافقة.. يضرب وفق عدد الرؤوس في أصل المسألة، فكذا هنا يضرب وفق التصحيح الثاني الذي هو بمنزلة الرؤوس هناك في التصحيح الأول القائم هنا مقام أصل المسألة، فيحصل به ما تصح منه المسألتان؛ كما إذا ماتت البنت أيضاً في ذلك المثال وخلفت كما ذكر ابنين وبنتاً وجدةً؛ فإن ما في يدها في التصحيح الأول:

وَإِلَّا.. فَاضْرب كُلَّ الثَّانِي فِي الأَوَّلِ، فَالْحَاصِلُ مِنَ الضَّرْبِ: مخرجُ الْمَسْأَلَتَيْنِ، ثمَّ اضْرِب سِهَامَ وَرَثَةِ الْمَيِّتِ الأَوَّلِ فِي وَفْقِ التَّصْحِيحِ الثَّانِي أَو فِي كُلِّهِ، وسهامَ وَرَثَةِ الْمَيِّتِ الثَّانِي فِي وَفْقِ مَا فِي يَدِهِ أَو فِي كُلِّهِ، فَمَا خرجَ.. فَهُوَ نصيبُ كلِّ فريقٍ.

تسعةً، وتصحيح مسألتها: ستة، وبينهما موافقة بالثلث، فيضرب ثلث الستة - وهو اثنان - في ستة عشر، فالمبلغ وهو اثنان وثلاثون: مخرج المسألتين.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يوافق نصيبه مسألته (.. **فاضرب كل**) التصحيح (**الثاني في**) كل التصحيح (**الأول**) على قياس ما في باب التصحيح على تقدير المباينة بين رؤوس الطائفة وبين سهامهم.

(**فالحاصل من الضرب: مخرج المسألتين**)؛كما إذا ماتت في ذلك المثال الجدة التي هي أم المرأة المتوفاة أولاً، وخلفت زوجاً وأخوين؛ فإن ما في يدها تسعةً كما عرفت آنفاً، وتصحيح مسألتها: أربعة، وبين التسعة والأربعة مباينة.. فاضرب حينئذ الأربعة في التصحيح السابق؛ أعني: اثنين وثلاثين، يبلغ مائةً وثمانيةً وعشرين، فهي مخرج المسألتين، وتمامه في «السيد الشريف».

(**ثم اضرب سهام ورثة الميت الأول**) من تصحيح مسألته (**في وفق التصحيح الثاني**) على تقدير الموافقة، (**أو في كله**) على تقدير المباينة، فيكون الحاصل من ضرب سهام كل وارث منهم في هذا المضروب: نصيبه من المبلغ المذكور، والسبب: أن التصحيح الثاني ووفقه ههنا: بمنزلة الضروب في أصل المسألة ثمة.

(و) اضرب (**سهام ورثة الميت الثاني**) من تصحيح مسألته (**في وفق ما في يده**) على تقدير الموافقة.

(**أو في كله**) على تقدير المباينة؛ (**فما خرج.. فهو**)؛ أي: الحاصل من هذا الضرب (**نصيب كل فريق**)؛ لأن حق ورثة الميت الثاني إنما هو فيما في يده، فصار سهام كل واحد منهم مضروبةً فيه.

فَإِن مَاتَ ثَالِثٌ فَاجْعَلِ الْمبلغَ مَكَانَ الأَوَّلِ، وَالثَّالِثَ مَكَانَ الثَّانِي، وَكَذَا تفعلُ إِن مَاتَ رَابعٌ أَو خَامِسٌ، وهلمَّ جرّاً.

(**فإن مات ثالث**) من الورثة قبل القسمة (..**فاجعل المبلغ**) الذي صح منهم المسألة الأولى والثانية (**مكان الأول، والثالث مكان الثاني**) في العمل؛ كأن الميت الأول والثاني صارا ميتاً واحداً، فيصير الميت الثالث ميتاً ثانياً.

(**وكذا تفعل إن مات رابع أو خامس، وهلم جرا**) إلى غير النهاية؛ فإنه لما صار تصحيح الميت الأول والثاني والثالث تصحيحاً واحداً.. صاروا كلهم ميتاً واحداً، فيصير الميت الرابع ميتاً ثانياً.

وكذا الحال إذا صار تصحيح أربعة من الموتى تصحيحاً واحداً.. كانوا بمنزلة ميت واحد، فصار الخامس ميتاً ثانياً، وهكذا... إلى ما لا يتناهى، وتفصيل هذا الباب في «شرح الفرائض» للسيد فليراجع.

* * *

(حِسَابُ الْفَرَائِض)

الْفُرُوضُ نَوْعَانِ:

الأَوَّلُ: النِّصْفُ، وَنصفُهُ، وَهُوَ: الرّبعُ، وَنصفُ نصفِهِ وَهُوَ: الثُّمُنُ.

وَالثَّانِي: الثُّلُثَانِ، ونِصفُهما، وَهُوَ: الثُّلُثُ، وَنصفُ نصفِهما، وَهُوَ: السُّدسُ.

فالنصفُ: يخرجُ مِن اثْنَيْنِ، وَالرّبُعُ مِن أَرْبَعَةٍ، وَالثُّمُنُ مِن ثَمَانِيَةٍ، وَالثُّلُثَانِ وَالثُّلُثُ مِن ثَلَاثَةٍ، وَالسُّدُسُ مِن سِتَّةٍ.

(حِسَابُ الفَرَائِضِ)

(الفروض) الستة المذكورة في كتاب الله تعالى (نوعان):

على التنصيف إن بدأت بالأكثر.

أو على التضعيف إن بدأت بالأقل.

فثلاثة منها نوع، وثلاثة أخرى نوع آخر.

(الأول: النصف، ونصفه)؛ أي: نصف النصف (وهو: الربع، ونصف نصفه)؛ أي: نصف الربع (وهو: الثمن)

(و) النوع (الثاني: الثلثان، ونصفهما)؛ أي: نصف الثلثين (وهو: الثلث، ونصف نصفهما)؛ أي: نصف نصف الثلثين (وهو: السدس).

(فالنصف يخرج من اثنين، والربع من أربعة، والثمن من ثمانية، والثلثان والثلث من ثلاثة، والسدس من ستة)؛ فإن لمخرج كل فرض من هذه الفروض سميه من الأعداد؛ إذ الربع سميه الأربعة.

وكذا الباقي، إلا النصف؛ فإنه من اثنين، والاثنان ليس سمياً للنصف.

فإن كان في مسألة النصف فقط؛ كما فيمن خلف بنتاً وأخاً لأب وأم.. فهي من اثنين.

وَإِن اِخْتَلَطَ النّصْفُ بالنوعِ الثَّانِي أَو بِبَعْضِهِ.. فَمن سِتَّةٍ.
أَوِ الرّبعُ.. فَمنِ اثْنَي عشرَ.

وإن كان فيها الربع وحده؛ كما فيمن تركت الزوج مع الابن.. كانت من أربعة.

وإن كان فيها الثمن فقط؛ كما فيمن ترك الزوجة والابن.. كانت من ثمانية.

وإن كان فيها الثلث وحده؛ كما إذا ترك أماً وأخاً لأب وأم.

وإن كان فيها الثلثان فقط؛ كما إذا ترك بنتين وعماً.. فهي من ثلاثة.

وإن كان فيها السدس فقط؛ كما إذا ترك أباً وابناً.. فهي من ستة.

(وإن اختلط النصف) من النوع الأول (بالنوع الثاني) كله؛ أي: بالثلثين والثلث والسدس؛ كما إذا تركت زوجاً وأماً وأختين لأب وأم وأختين لأم.

(أو) اختلط (ببعضه)؛ أي: بعض النوع الثاني؛ كما إذا اختلط النصف بالثلث فقط، أو بالثلثين فقط، أو بالسدس وحده، أو بالثلث والثلثين معاً، أو بالثلثين والسدس معاً، أو بالثلث والسدس معاً (..فمن ستة)؛ أي: فالمسألة من ستة؛ لأن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة وكلاهما داخلان في الستة فهي مخرج النصف المختلط بفروض النوع الثاني على جميع الوجوه المذكورة، وأيضاً بين مخرج النصف والثلث مباينة؛ فإذا ضرب أحدهما في الآخر.. حصل ستة، فهي مخرج لهما.

(أو) اختلط (الربع) من النوع الأول بكل الثاني؛ كما إذا خلف زوجةً وأما وأختين لأب وأم وأختين لأم.

أو ببعضه؛ كما إذا اختلط بالثلثين فقط، أو بالثلث فقط، أو بالسدس فقط، أو بالثلثين والسدس معاً، أو بالثلثين والثلث، أو بالثلث والسدس معاً، (..فمن اثني عشر).

فالمسألة: من اثني عشر؛ لأن مخرج أقل جزء من النوع الثاني: هو الستة، وقد دخل فيها مخرج الثلث والثلثين، فاكتفينا بها مخرجاً للكل.

أَوِ الثّمنُ.. فَمن أَرْبَعَةٍ وَعشْرينَ.

وَإِذا انْكَسَرَ سهام فريقٍ عَلَيْهِم وباينَتْ سِهَامُهمْ عَددَهمْ.. فَاضْرب عَددَهمْ فِي أصلِ الْمَسْأَلَةِ؛ كامرأةٍ وأَخوين.

(أو) اختلط (الثمن) من النوع الأول بكل الثاني، هذا إنما يتصور على رأي ابن مسعود رضي الله تعالى عنه، وأما على رأينا.. فهو غير متصور؛ كما قرر في موضعه.

أو ببعضه؛ كما إذا اختلط بالثلثين والسدس، أو بالثلث والسدس على رأيه، أو بالثلثين والثلث على رأيه، أو بالثلثين فقط، أو بالسدس فقط، أو بالثلث فقط (.. **فمن أربعة وعشرين**)؛ أي: فالمسألة من أربعة وعشرين؛ لأن مخرج أقل جزء من النوع الثاني: هو الستة التي دخل فيها مخرج الثلث والثلثين، فوجب الاكتفاء بها - لما عرفت - وبين الستة ومخرج الثمن؛ أعني: الثمانية موافقة بالنصف، فضربنا نصف إحداهما في كل الأخرى، فحصل أربعة وعشرون، وأيضاً بين مخرج الثلث والثلثين، ومخرج الثمن مباينة.. فضربنا الكل في الكل، فصار الحاصل أيضاً أربعةً وعشرين، فمنها تخرج الفروض المختلطة بالثمن.

(**وإذا انكسر سهام فريق عليهم**)؛ أي: على الورثة من ذلك الفريق، (**وباينت سهامهم**)؛ أي: سهام من انكسر عليهم (**عددهم.. فاضرب عددهم**)؛ أي: كل عدد رؤوس من انكسر عليهم السهام (**في أصل المسألة**) إن لم تكن عائلةً.

وفي أصلها مع عولها إن كانت عائلةً.

(**كامرأة وأخوين**)، أصل المسألة: أربعة؛ فإذا أخذت المرأة منها واحداً.. بقي ثلاثة، ولا يستقيم على الأخوين، وبينهما مباينة، فضربنا الاثنين في أصل المسألة، فحصل ثمانية، فللمرأة من أصل المسألة واحد، ضربناها في الاثنين، فلم يتغير، فالاثنان لها، وللأخوين من أصل المسألة ثلاثة، ضربناها في الاثنين، فحصل ستة، فلكل واحد ثلاثة منها.

وَإِن وَافقَ سِهَامُهم عَددَهمْ.. فَاضْرِبِ وَفْقَ عَددِهمْ فِي أَصلِ الْمَسْأَلَةِ؛ كامرأةٍ وَسِتَّةِ إِخْوَةٍ.

وَإِنِ انْكَسَرَ سِهَامُ فريقَين أَو أَكثرَ، وتماثلَت أعدادُ رؤوسهِم.. فَاضْرب أَحدَ الْأَعْدَادِ فِي أَصلِ الْمَسْأَلَةِ؛ كثلاثِ بَنَاتٍ، وَثَلَاثَةِ أَعمامٍ.

وَإِن تداخلتِ الْأَعْدَادُ.. فَاضْرِب أَكْثَرَهَا، فِي أَصلِ الْمَسْأَلَةِ؛ كأربعِ زَوْجَاتٍ وَثَلَاثِ جدَّاتٍ واثني عشرَ عَمَّاً.

(وإن وافق سهامهم عددهم.. فاضرب وفق عددهم)؛ أي: عدد رؤوس من انكسر عليهم السهام (في أصل المسألة) إن لم تكن عائلةً.

وفي أصلها مع عولها إن كانت عائلةً.

(كامرأة وستة إخوة)، أصل المسألة: أربعة، وإذا أخذت المرأة واحداً منها.. يبقى ثلاثة، ولا تستقيم على الستة، وبينهما موافقة بالثلث، فضربنا وفق عددهم وهو اثنان في أصل المسألة وهو أربعة، فيكون ثمانيةً، كان للزوج واحد، فضرب في اثنين، فيكون اثنين، وللإخوة ثلاثة، فضرب في اثنين، فيكون ستةً، لكل واحد منهم سهم.

(وإن انكسر سهام فريقين أو أكثر، وتماثلت أعداد رؤوسهم.. فاضرب أحد الأعداد في أصل المسألة) حتى يحصل ما تصح منه المسألة على جميع الفرق.

(كثلاث بنات، وثلاثة أعمام)، أصل المسألة: ثلاثة، اثنان منها للبنات، وواحد للأعمام، فينكسر على الفريقين، لكن بين أعداد رؤوس البنات وأعداد رؤوس الأعمام تماثل، فيضرب عدد أحدهما وهو ثلاثة في أصل المسألة، فيكون تسعةً، الثلثان منها ستة، وهي حق البنات الثلاث، والباقي وهو ثلاثة للأعمام.

(وإن تداخلت الأعداد.. فاضرب أكثرها)؛ أي: أكثر الأعداد (في أصل المسألة) حتى يحصل ما تصح منه المسألة؛ (كأربع زوجات وثلاث جدات واثني عشر عما)، أصلها: من اثني عشر، للزوجات الربع وهو ثلاثة، ولا يستقيم عليها وللجدات،

وَإِن وَافقَ بعضُ الْأَعْدَادِ بَعْضاً.. فَاضْرِب وَفْقَ أَحدِهَا فِي جمعِ الثَّانِي، والمبلغَ فِي وَفْقِ الثَّالِثِ إِن وَافقَ.

وَإِلَّا.. فَفِي جَمِيعِهِ، والمبلغَ فِي الرَّابعِ كَذَلِك، ثمَّ الْحَاصِلَ فِي أصلِ الْمَسْأَلَةِ؛ كأربعِ زَوْجَاتٍ وَخمْسَ عشرَةَ جدَّةً وثمانيَ عشرَةَ بِنْتاً وَسِتَّةِ أَعمامٍ.

السدس وهو سهمان، ولا يستقيم عليها أيضاً، وللأعمام الباقي وهو سبعة، ولا موافقة بين الأعداد والسهام، لكن الأعداد متداخلة، فيضرب أكثرها وهو اثني عشر في أصل المسألة وهو اثني عشر، فيكون مائةً وأربعةً وأربعين، كان للزوجات ثلاثة، فيضرب في اثني عشر، فيكون ستةً وثلاثين، وللجدات سهمان فيضربان في اثني عشر، فيكون أربعةً وعشرين، وللأعمام سبعة، فيضرب في اثني عشر، فيكون أربعةً وثمانين.

(وإن وافق بعض الأعداد بعضاً.. فاضرب وفق أحدها في جميع الثاني، و) اضرب (المبلغ في وفق الثالث إن وافق، وإلا)؛ أي: وإن لم يوافق (..ففي جميعه، و) اضرب (المبلغ في الرابع كذلك)؛ أي: في وفقه إن وافق، وإلا.. ففي جميعه، (ثم) اضرب (الحاصل في أصل المسألة) حتى يحصل ما تصح منه المسألة؛ (كأربع زوجات وخمس عشرة جدةً وثماني عشرة بنتاً وستة أعمام)، أصلها: من أربعة وعشرين:

للزوجات الثمن وهو ثلاثة، ولا تستقيم عليها ولا توافق.

وللجدات السدس وهو أربعة، ولا تستقيم عليها ولا توافق.

وللبنات الثلثان وهو ستة عشر، ولا تستقيم عليهن، وبين رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف، فرجع إلى النصف وهو تسعة، وبقي للأعمام سهم، فمعنا أربعة وخمسة عشر وتسعة وستة، ثم طلبنا بينهما التوافق، فوجدنا الأربعة موافقةً للستة بالنصف، فرددنا إحداهما إلى نصفها، وضربناه في الأخرى، صار المبلغ اثني عشر، وهو موافق للتسعة بالثلث، فضربنا ثلث إحداهما في جميع الأخرى، صار المبلغ

أَو إِن تباينَتِ الأعدادُ... فَاضْرِب كلَّ أَحدِها فِي جَمِيعِ الثَّانِي، ثمَّ الْمبلغَ فِي الثَّالِثِ، ثمَّ الْمبلغَ فِي الرَّابِعِ، ثمَّ الْحَاصِلَ فِي أَصلِ الْمَسْأَلَةِ؛ كامرأَتَينِ وَعشرَ بَنَاتٍ وستَّ جدَّاتٍ وَسَبْعَةَ أَعمامٍ.

ستةً وثلاثين، وبين هذا المبلغ الثاني وبين خمسة عشر موافقة بالثلث أيضاً، فضربنا ثلث خمسة عشر وهو خمسة في ستة وثلاثين، فحصل مائة وثمانون، ثم ضربنا هذا المبلغ الثالث في أصل المسألة؛ أعني: أربعةً وعشرين، فصار الحاصل أربعة آلاف وثلاثمائة وعشرين، وتمامه في شروح الفرائض.. فليطالع.

(أو إن تباينت الأعداد.. فاضرب كل أحدها في جميع الثاني، ثم المبلغ في الثالث، ثم المبلغ في الرابع، ثم) اضرب (الحاصل في أصل المسألة) حتى يحصل ما تصح منه المسألة؛ (كامرأتين وعشر بنات وست جدات وسبعة أعمام)، أصلها: أيضاً أربعة وعشرون:

للزوجين الثمن وهو ثلاثة، لا تستقيم عليهما وبين رؤوسهن وسهامهن مباينة، فأخذنا عدد رؤوسهن.

وللجدات السدس وهو أربعة، لا تستقيم عليهن وبين أعداد رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف، فأخذنا نصف عدد رؤوسهن.

وللبنات الثلثان وهو ستة عشر، لا تستقيم عليهن وبين رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف، فأخذنا نصف عدد رؤوسهن.

وللأعمام الباقي وهو واحد، لا يستقيم عليهم وبينه وبين عدد رؤوسهم مباينة، فأخذنا عدد رؤوسهم فصار معنا من الأعداد المأخوذة للرؤوس: اثنان وثلاثة وخمسة وسبعة، وهذه كلها أعداد متباينة، فضربنا الاثنين في ثلاثة صارت ستةً، ثم ضربنا هذا المبلغ في خمسة فصار ثلاثين، ثم ضربنا الثلاثين في سبعة، فحصل مائتان وعشرة، ثم ضربنا هذا المبلغ في أصل المسألة وهو أربعة وعشرون، فصار

وَإِن كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ عائلةً.. فَاضْرِب مَا ضَربتَهُ فِي الأَصْلِ فِيهِ مَعَ الْعَوْلِ فِي جَمِيعِ ذَلِك.

المجموع خمسة آلاف وأربعين، فمنها تستقيم المسألة على جميع الطوائف، هذا إذا لم تكن المسألة عائلةً.

(و) أما (**إن كانت المسألة عائلةً.. فاضرب ما ضربته في الأصل فيه مع العول في جميع ذلك**) على ما قررناه في المسائل المذكورة.

* * *

(فَصْلٌ)

وتداخلُ العددَينِ يُعرَفُ: بِأَن تَطْرحَ الْأَقَلَّ مِنَ الْأَكْثَرِ مرَّتَيْنِ أَو أَكثرَ، فيفنيهِ.

أَو يُقسَمُ الْأَكْثَرُ على الْأَقَلِ، فينقسمُ قسْمَةً صَحِيحَةً؛ كالخمسةِ مَعَ الْعشْرينَ.

وتوافقُهما: بِأَن ينقصَ..

فَصْلٌ
[فِيمَا يُعْرَفُ بِهِ تَدَاخُلُ العَدَدَيْنِ]

(**وتداخل العددين يعرف بأن تطرح الأقل من الأكثر مرتين أو أكثر فيفنيه**)؛ أي: يفني الأقل الأكثر؛ كالثلاثة والستة.

(**أو يقسم الأكثر على الأقل فينقسم قسمةً صحيحةً**)؛ أي: قسمةً لا كسر فيها؛ كالستة فإنها منقسمة على الثلاثة وعلى الاثنين أيضاً بلا كسر، فيصيب من الستة كل واحد من الثلاثة اثنان، ومن اثنين ثلاثة، وقس على ذلك سائر المتداخلين.

والسبب فيه: أنه إذا عد عدد ما هو أكثر منه.. كان الأكثر مثلي الأقل أو أمثاله، فيصيب بالقسمة كل واحد من آحاد الأقل آحاد صحيحة بعد أمثال الأقل في الأكثر.

ثم مثّل المتداخلين بقوله: (**كالخمسة مع العشرين**)؛ لأنك إذا طرحت الخمسة من العشرين أربع مرات.. أفنيت العشرين، فهما متداخلان، وكذلك إذا قسمت العشرين على الخمسة.. يجيء أربعة أقسام صحيحة.

أو نقول: التداخل هو أن يزيد على الأقل مثله أو أمثاله.. يساوي الأكثر، أو أن يكون الأقل جزء الأكثر جزءاً مفرداً من الأكثر.. فلا تداخل بين الستة والتسعة، وإن كان الستة ثلثي التسعة؛ لأنها ليست جزءاً مفرداً، ومن شرط التداخل: أن لا يكون الأقل زوجاً، مع كون الأكثر فرداً، وأن لا يزيد الأقل على نصف الأكثر.

(و) يعرف (**توافقهما**)؛ أي: العددين في جزء؛ كالنصف ونظائره: (**بأن ينقص**

الْأَقَلُّ فِي الْأَكْثَرِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ حَتَّى يتوافقا فِي مِقْدَارٍ، فَإِن توافقا فِي وَاحِدٍ.. فهما متباينانِ، وَإِن فِي أَكثرَ.. فهما متوافقانِ؛ فَإِن كَانَ اثْنَيْنِ.. فهما متوافقان بِالنِّصْفِ، وَإِن ثَلَاثَةً.. فبالثُّلُثِ، أَو أَرْبَعَةً.. فبالربعِ، هَكَذَا إِلَى الْعشْرَةِ.

وَإِن فِي أَحدَ عشرَ.. فبجزءٍ مِن أحدَ عشرَ، وهلم جراً.

وَإِن أردْتَ معرفَةَ نصيبِ كلِّ فريقٍ..............................

الأقل من الأكثر من الجانبين، حتى يتوافقا في مقدار؛ فإن توافقا في واحد.. فهما متباينان)؛ كالخمسة مع السبعة، والتسعة وأحد عشر مع عشرة.

(وإن) توافقا (في أكثر) من واحد (..فهما متوافقان؛ فإن كان) الأكثر (في اثنين.. فهما متوافقان بالنصف)؛ كثمانية عشر مع الثمانية؛ فإنه إذا ألقيت من ثمانية عشر ثمانيةً مرتين.. بقي منها اثنان، وإذا ألقي اثنان من الثمانية ثلاث مرات.. بقي منها أيضاً اثنان، فهما متوافقان بالنصف.

(وإن) كان الأكثر (ثلاثةً.. فبالثلث)؛ كما في التسعة والاثني عشر.

(أو) كان الأكثر (أربعةً.. فبالربع)؛ كالثمانية والاثني عشر.

(هكذا إلى العشرة)؛ أي: يكون التوافق في الأعداد التي هي العشرة وما دونها بواحد من الكسور التسعة المشهورة، وهي: النصف إلى العشرة، وتسمى هي مع ما يتركب منها بالإضافة أو التكرير: بالكسور المنطقة.

(وإن) توافقا (في أحد عشر)؛ كاثنين وعشرين مع ثلاثة وثلاثين (في جزء من أحد عشر)؛ أي: هما متوافقان بجزء من أحد عشر (وهلم جراً)؛ أي: إن توافقا في ثلاثة عشر.. يتوافقان بجزء من ثلاثة عشر؛ كستة وعشرين وتسعة وثلاثين؛ فإن العاد لهما ثلاثة عشر.

وفي خمسة عشر يتوافقان بجزء من خمسة عشر؛ كثلاثين مع خمسة وأربعين؛ فإن خمسة عشر يعدهما معاً، فهما متوافقان بجزء منهما.

(وإن أردت معرفة نصيب كل فريق)؛ كالبنات والجدات والزوجات والأعمام

مِنَ التَّصْحِيحِ.. فَاضْرِبْ مَا كَانَ لَهُ مِن أَصلِ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا ضَربتَهُ فِي أَصلِ الْمَسْأَلَةِ، فَمَا خرجَ.. فَهُوَ نصِيبُهُ.

وَكَذَا الْعَمَلُ فِي معرفَةِ نصيبِ كلِّ فَردٍ.

وَإن شِئْتَ فانسُبْ سِهَامَ كلِّ فريقٍ مِن أَصلِ الْمَسْأَلَةِ إِلَى عددِ رؤوسِهِم، ثمَّ أَعْطِ بِمثلِ تِلْكَ النِّسبَةِ مِنَ الْمَضْرُوبِ لكلِّ فَردٍ مِنْهُم.

وَإن أَردْتَ قسْمَةَ التَّرِكَةِ بَينَ الْوَرَثَةِ والْغُرَمَاءِ.. فَانْظُر بَينَ التَّرِكَةِ والتصحيحِ؛ فَإِن كَانَ بَينهمَا مُوَافقَةٌ.. فَاضْرِب سِهَامَ كلِّ وَارِثٍ مِنَ التَّصْحِيحِ فِي وَفْقِ التَّرِكَةِ، ثمَّ قسِمِ الْحَاصِلَ على وَفْقِ التَّصْحِيحِ؛ فَمَا خرجَ.. فَهُوَ نصيبُ ذَلِك الْوَارِثِ،...

وغيرها (من التصحيح) الذي استقام على الكل (.. فاضرب ما كان له)؛ أي: لكل فريق (من أصل المسألة فيما ضربته في أصل المسألة)؛ أي: في المضروب الذي ضربته في أصلها؛ (فما خرج) من هذا الضرب (..فهو نصيبه)؛ أي: نصيب ذلك الفريق.

(وكذا العمل في معرفة نصيب كل فرد) من أفراد ذلك الفريق من التصحيح.

(وإن شئت) سهام كل فرد من أصل المسألة (..فانسب سهام كل فريق من أصل المسألة إلى عدد رؤوسهم) مفرداً عن أعداد رؤوس غيرهم، (ثم أعط بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد منهم) من أفراد ذلك الفريق.

(وإن أردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء).

الواو الواصلة ههنا: مستعارة لـ «أو» الفاصلة؛ إذ لا يتصور القسمة بين الطائفتين معاً؛ لأن التركة إن وفت بجميع الديون.. فلا قسمة بين الغرماء، وإلا.. فلا قسمة بين الورثة.

(فانظر بين التركة والتصحيح؛ فإن كان بينهما موافقة.. فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة، ثم اقسم) المبلغ (الحاصل) من هذا الضرب (على وفق التصحيح؛ فما خرج.. فهو نصيب ذلك الوارث).

وَإِن لم يكن بَينهمَا مُوَافقَةٌ.. فَاضْرِب سِهَامَ كلِّ وَارِثٍ فِي جَمِيعِ التَّرِكَةِ ثمَّ اقْسِمِ الْحَاصِلَ على جَمِيعِ التَّصْحِيحِ؛ فَمَا خرجَ.. فَهُوَ نصِيبُهُ.

مثاله: زوج وأم وأختان لأب وأم، أصلها: من ستة، وتعول إلى ثمانية، فللزوج منها ثلاثة، وللأم واحد، ولكل من الأختين سهمان.

فإن فُرِض أن جميع التركة خمسون ديناراً يكون بين التصحيح والتركة موافقة بالنصف، فيضرب سهم الزوج من التصحيح وهو ثلاثة، في وفق التركة وهو خمسة وعشرون، يبلغ خمسةً وسبعين، ثم تقسم الخمسة والسبعون على وفق التصحيح وهو أربعة، فيكون للزوج من التركة ثمانية عشر ديناراً وثلاثة أرباع دينار، ويضرب سهم الأم من التصحيح، وهو واحد في خمسة وعشرين، وهو وفق التركة، فيكون خمسةً وعشرين، ثم نقسمها على وفق التصحيح وهو أربعة، فيكون للأم ستة دنانير وربع دينار، ويضرب سهم كل من الأختين وهو سهمان، في وفق التركة، فيبلغ خمسين، ثم نقسمها على وفق التصحيح، وهو أربعة، فيكون لكل واحد من الأختين اثنا عشر ديناراً ونصف دينار.

(**وإن لم يكن بينهما موافقة.. فاضرب سهام كل وارث في جميع التركة، ثم اقسم**) المبلغ (**الحاصل على جميع التصحيح؛ فما خرج**) من هذه القسمة (**..فهو نصيبه**)؛ أي: نصيب ذلك الوارث؛ كما إذا فرض أن جميع التركة خمسة وعشرون ديناراً.. كان بينهما وبين التصحيح الذي هو ثمانية مباينة؛ فإذا أردت أن تعرف نصيب كل وارث من هذه التركة.. فاضرب نصيب الزوج من التصحيح وهو ثلاثة في كل التركة، يحصل خمسة وسبعون، ثم اقسم هذا المبلغ على التصحيح؛ أعني: ثمانيةً، يخرج تسعة، دينار وثلاثة أثمان دينار فهذه نصيب الزوج، واضرب أيضاً نصيب الأم من التصحيح، وهو واحد من جميع التركة، فيكون الحاصل خمسةً وعشرين؛ فإذا قسمتها على الثمانية.. خرج ثلاثة دنانير وثمن دينار فهي نصيب الأم، واضرب نصيب كل أخت من التصحيح، وهو اثنان في كل التركة، يحصل خمسون؛ فإذا

وَكَذَا الْعَمَلُ لمعْرِفَةِ نصيبِ كلِّ فريقٍ.

وَفِي الْقِسْمَةِ بَينَ الْغُرَمَاءِ: اجْعَل مَجْمُوعَ الدُّيُونِ كالتَّصحيحِ، وكلَّ دَينٍ كسهامِ الْوَارِثِ، ثمَّ اعْمَلِ الْعَمَلَ الْمَذْكُورَ.

قسمت هذا الحاصل على الثمانية.. خرج ستة دنانير وربع دينار، فهو نصيب كل أخت من التركة.

(وكذا العمل لمعرفة نصيب كل فريق) من الورثة؛يعني: فاضرب ما كان لكل فريق من أصل المسألة في وفق التركة، ثم اقسم المبلغ الحاصل من هذا الضرب على وفق تصحيح المسألة إن كان بين التركة وتصحيح المسألة موافقة، وإن كان بينهما مباينة.. فاضرب ما كان لكل فريق في كل التركة، ثم اقسم الحاصل على جميع تصحيح المسألة، فالخارج: نصيب ذلك الفريق في الموافقة والمباينة، وتمامه في «السيد» فليطالع.

(وفي القسمة بين الغرماء: اجعل مجموع الديون كالتصحيح، وكل دين) من ديون الغرماء؛ (كسهام الوارث، ثم اعمل العمل المذكور).

فإذا كان للميت غريمان لكل منهما ثلاثة آلاف، وستة غرماء لكل منهم ألفان، وكانت التركة عشرين.. كان بين جميع الديون - وذلك ثمانية عشر - وبين التركة موافقة نصفية، فتضرب الثلاثة التي كانت لكل من الغريمين في نصف التركة، وذلك عشرة، تبلغ ثلاثين، وتقسم على نصف الديون، وذلك تسعة، فالخارج - وذلك ثلاثة وثلاثة وثلث -: نصيب كل منهما، فيكون لكليهما ستة وثلثان، ويضرب الاثنان اللذان كانا لكل من الغرماء الستة في العشرة.. يبلغ عشرين، ويقسم على التسعة، فالخارج وذلك سهماً وتُسْعان: نصيب كل منهم، فيكون للغرماء الستة: اثنا عشر سهماً واثنا عشر تُسْعاً، وذلك سهم وثلث سهم؛ فإذا ضممت ثلاثة عشر وثلثاً إلى ستة وثلثين.. يبلغ عشرين.

وإن كانت التركة تسعة عشر.. فبينهما وبين جميع الديون مباينة، فتضرب ثلاثة كل من الغريمين في تسعة عشر، تبلغ سبعة عشر وخُمُسَين، فتقسم على ثمانية عشر،

وَمن صَالحَ مِنَ الْوَرَثَةِ أَوِ الْغُرَمَاءِ على شَيْءٍ مِنْهَا.. فاطرَح نصِيبَهُ مِنَ التَّصْحِيحِ أَو الدُّيُونِ، واقسمِ الْبَاقِي على سِهَامِ مَن بَقِيَ أَو دُيُونِهِم.

فالخارج وهو ثلاثة أسهم وتُسْع ونصف تُسْع لكل منهما، فيكون لكليهما ستة أسهم وثلاثة أتساع، وذلك ثلث سهم، فيضرب سهما كل من الغرماء الستة في تسعة عشر.. يبلغ ثمانيةً وثلاثين، فيقسم على ثمانية عشر، فالخارج وهو سهمان وتُسْع لكل منهم، فللغرماء الستة: اثنا عشر، على ثمانية وستة أتساع سهم، وذلك ثلثاه؛ فإذا ضممت اثني عشر وثلثين إلى ستة وثلث.. يبلغ تسعة عشر.

(ومن صالح من الورثة أو الغرماء على شيء) معلوم (منها)؛ أي: من التركة (..فاطرح نصيبه من التصحيح أو الديون، واقسم الباقي على سهام من بقي) من الورثة، (أو) على (ديونهم)؛ أي: ديون من بقي من الغرماء.

مثاله: زوج وأم وعم، ففيها نصف وثلث الكل وما بقي، فأصلها وتصحيحها: من ستة؛ فإذا صالح الزوج على شيء كما في ذمته من المهر، وخرج من البين.. تطرح سهامه من التصحيح، وذلك ثلاثة، وتقسم باقي التركة على سهام الباقين على ما كان أثلاثاً، ثلثاه للأم، وثلثه للعم.

* * *

[خَاتِمَةُ الكِتَابِ]

قالَ الفقيرُ: هَـذَا آخرُ «ملتقى الأَبحُرِ»، وَلـم آلُ جهداً فِي عَدَمِ تركِ شَيْءٍ مِن مسَائِلِ الْكُتُبِ الْأَرْبَعَةِ، وَالْتمسُ مِنَ النَّاظرِ فِيهِ إِنِ اطَّلعَ على الْإِخْلَالِ بِشَيْءٍ مِنْهَا: أَن يُلْحِقَهُ بمحلِّهِ؛ فَإِنَّ الْإِنْسَانَ مَحلُّ النسْيَانِ، وَليكن ذَلِكَ بعدَ التَّأَمُّلِ فِي مظانِّ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ؛ فَإِنَّهُ رُبَّمَا ذُكِرَتْ بعضُ الْمَسَائِلِ فِي بعضِ الْكُتُبِ الْمَذْكُورَةِ فِي مَوضِعٍ، وَفِي غَيرِهِ فِي مَوضِعٍ آخرَ، فاكتفيتُ بذِكرِها فِي أَحدِ الْمَوْضِعَيْنِ، ثمَّ إِنِّي زِدْتُ مسَائِلَ كَثِيرَة مِنَ «الْهِدَايَة»، وَمِن «مجمعِ الْبَحْرَينِ».

[خَاتِمَةُ الكِتَابِ]

(قال الفقير)، يريد المولى الفاضل، روَّح الله روحه، وزاد في أعلى غرف الجنان فتوح نفسه النفيسة: (هذا آخر) كتاب (ملتقى الأبحر، ولم آل) من الأَلْوِ وهو: التقصير (جهداً)؛ أي: لم أمنعك جهداً (في عدم ترك شيء من مسائل الكتب الأربعة)، وهي: «القدوري»، و«المختار»، و«الكنز»، و«الوقاية»، كما مر في الخطبة.

(وألتمِسُ) على صيغة المتكلم، من الالتماس (من الناظر فيه)؛ أي: هذا الكتاب (إن اطلع على الإخلال بشيء منها)؛ أي: من مسائل الكتب الأربعة بأن لا يذكره في محله (..أن يلحقه) مفعول ألتمس (بمحله؛ فإن الإنسان محل النسيان) سمي الإنسان؛ لأنه الناسي، ولذلك قيل: أول الناس أول الناسي.

(وليكن) أمر غائب (ذلك)؛ أي: الإلحاق بمحله الأصلي (بعد التأمل في مظان تلك المسألة)؛ أي: بعد التأمل في مواضع يظن تلك المسألة منها؛ (فإنه ربما ذكرت بعض المسائل في بعض الكتب المذكورة في موضع، وفي غيره في موضع آخر، فاكتفيت بذكرها)؛ أي: بذكر تلك المسألة (في أحد الموضعين)، فيظن أن هذا ليس بمحله، لكن بعد التأمل.. يظهر وجهه.

(ثم إني زدت) فيه (مسائل كثيرةً من «الهداية» ومن «مجمع البحرين»).

وَلم أَزِدْ شَيْئاً مِن غَيرِهمَا؛ حَتَّى يسهُلَ الطَّلبُ على مَنِ اشْتبهَ عَلَيْهِ صِحَّةُ شَيْءٍ مِمَّا لَيْسَ فِي الْكُتُبِ الْأَرْبَعَةِ.

وَاللهُ حسبي، وَنعمَ الْوَكِيلَ.

قال في الخطبة: ونبذة من «الهداية»، فيكون مناقضاً لما قال هناك، لكن أسلفنا التوفيق بينهما ثمة.. فلا حاجة إلى التكرار.

(ولم أزد شيئاً من غيرهما)؛ أي: غير «الهداية» و«مجمع البحرين».

(حتى يسهل الطلب على من اشتبه عليه صحة شيء مما ليس في الكتب الأربعة، والله حسبي)؛ أي: كافيَّ، (ونعم الوكيل).

الحمد لله على الكمال والتمام، والصلاة والسلام على أفضل الرسل الكرام، محمد سيد الأنام، وعلى آله وصحبه العظام، ما بقي على وجه الأرض علماء أعلام، بعون الله العزيز الجليل، وعليه الاعتماد والتعويل، في أن يهديني سواء السبيل، ويجعلني من رحمته في ظل ظليل، ويعصمني عن مزلة الأفهام، ويثبتني يوم تزل الأقدام؛ إنه قريب مجيب، وما توفيقي إلا بالله، عليه توكلت وإليه أنيب.

وقد انتهى هذا الشرح، وتم بفضله تعالى ببلدة أدرنة، صانها الله عن البلية، قاضياً بالعساكر المنصورة، في ولاية الروم أيلى المعمورة، راجياً من الله عز وجل العفو مما وقع مني فيه من القصور والخبط والزلل.

وذلك في ليلة الخميس، في اليوم التاسع عشر من جمادى الآخرة، من شهور سنة سبع وسبعين وألف، من هجرة من له العز والشرف.

اللهم اجعله لي ذخراً نافعاً، وخيراً باقياً، بحرمة جميع الأنبياء والمرسلين، خصوصاً بحرمة حبيبك محمد المصطفى، صلوات الله تعالى وعليهم أجمعين. آمين.

* * *

الفهرس

باب غصب العبد والصبي والمدبر والجناية في ذلك ٥
باب القسامة ١٥
كتاب المعاقل ٤١
كتاب الوصايا ٥٣
باب الوصية بثلث المال ٧٥
باب العتق في المرض ٩٧
باب الوصية للأقارب وغيرهم ١٠٥
باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة ١٢٠
باب وصية الذمي ١٢٧
باب الوصي ١٣٤
فصل في شهادة الوصي ١٦٥
كتاب الخنثى ١٧٣
مسائل شتى ١٨٧
كتاب الفرائض ٢٢٥
فصل في العصبات ٢٣٥
فصل في الحجب ٢٤٢
فصل في العول ٢٥١
فصل في ذوي الأرحام ٢٥٩
فصل في ميراث الغرقى والهدمى ٢٦٥
فصل في المناسخة ٢٦٨
فصل فيما يعرف به تداخل العددين ٢٧٩
خاتمة الكتاب ٢٨٥